Die

RECHTSPRECHUNG

des

k. k. Obersten Gerichtshofes

in

Civil-, Handels-, Wechsel-, Marken-, Musterschutz- und Privilegiensachen, einschliesslich der Advocaten- und Notariatsordnung

nebst einem Anhange:

Die Entscheidungen des deutschen Reichsgerichtes in Handels- und Wechselsachen.

Herausgeber

DR. EMIL LINKS

Hof- und Gerichts-Advocat in Wien.

Achter Band.

Die Entscheidungen aus dem Jahre 1892 enthaltend.

Wien, 1893.

Druck und Verlag von Plaut & Comp., Wien.

Im Commissionsverlage von Franz Deuticke, Wien.

1892.

2527.

Der executive Sequester hat die Stellung eines Mandatars, haftet daher im Sequestrations-Rechnungsstreite für den durch sein Verschulden entstandenen Schaden.

E. v. 5. Jänner 1892, Z. 12848. — (GH 16 ex 92, Seite 138.)

I. BG Rokytzan.
II. OLG Prag.

Die I. J. hat im Sequestrations-Rechnungsstritte des A gegen B zu Recht erkannt, der Sequester B sei schuldig, in die Einnahmen anstatt des in der öffentlichen Feilbietung erzielten Erlöses für die stehenden Feldfrüchte den Betrag einzusetzen, welchen die Ersteiger für diese Feldfrüchte nach der Ernte erzielt haben.

Ueber Appellation des Sequesters bestätigte das OLG das U. I. J. aus folgenden

Gründen:

Der Rechnungsstritt enthält nach seinem Begriff und Zweck auch die Verhandlung darüber, ob der Bevollmächtigte — als solcher erscheint der Sequester — innerhalb der Schranken seiner Vollmacht gehandelt, also auch die Rechtfertigung bezüglich der in die Rechnung nicht eingestellten Einnahmen, und zwar nicht blos von dem Standpunkte, dass dieselben thatsächlich erzielt, jedoch nicht in die Rechnung einbezogen wurden, sondern auch von dem Gesichtspunkte, dass sie aus Verschulden des Bevollmächtigten nicht erzielt wurden. Der Rechnungsstreit enthält sohin auch die Verhandlung über die Verpflichtung des Bevollmächtigen zum Ersatze des durch sein Verschulden verursachten Schadens. Der Richter I. J. hat also mit vollem Rechte Dasjenige in die Einnahmen eingesetzt, was der Sequester erzielt hätte, wenn er das Getreide nicht am Halme verkauft, sondern dasselbe selbst eingeheimst und sodann verkauft hätte.

Ueber a. o. Revision bestätigte der OGH das U. II. J. aus folgenden

Gründen:

Die Appellations- und Revisionsbeschwerde enthält die irrthümliche Anschauung, dass der Rechnungsstritt sich blos mit den Einnahmen und Auslagen, ferner mit der dem Sequester gebührenden Entlohnung für seine Arbeit zu beschäftigen habe, während über die Frage, ob der Sequester verpflichtet sei, einen verursachten Schaden und einen entgangenen Gewinn zu ersetzen, blos über eine besondere Klage des Exequenten oder Executen verhandelt werden könne. Der zum Sequester Bestellte wird Verwalter eines fremden Vermögens, ist verpflichtet, die sequestrirte Sache als guter Hauswirth fleissig und ehrlich zu verwalten, haftet für allen durch sein Verschulden entstandenen Schaden, kann aber auch den Ersatz desjenigen Aufwandes verlangen, welchen er nothwendig und nützlich für die Verwaltung gemacht hat und es ist seine Pflicht, über die Verwaltung Rechnung zu legen. Die Prüfung der Rechnung von Seite der Berechtigten kann also nicht blos darauf beschränkt werden, ob die einzelnen Posten ziffermässig richtig sind, sondern bezieht sich auch darauf, wie der Sequester mit dem seiner Verwaltung anvertrauten Vermögen umgegangen ist, sie bezieht sich weiter auf sein Verschulden und den dadurch verursachten Schaden, sowie auf das Mass des durch jenes Verschulden begründeten Ersatzes, für den er aufzukommen hat.

2528.

Die vom Pächter eines Grundstückes an einen Dritten verkauften, jedoch vom Grund und Boden noch nicht abgesonderten Früchte gehören im Falle einer executiven Sequestration in die Sequestrationsmasse.

E. v. 5. Jänner 1892, Z. 14865. — (GH 22 ex 92, Seite 189.)
I. BG Hohenmauth.
II. OLG Prag.

Die für das Jahr 1891 von den Grundparcellen K. Z. 469 und 471 in Ch. zu erwartende Ernte wurde vom Pächter derselben F. T. mittelst mündlich am 28. Juni 1891 geschlossenen Vertrages um 150 fl. an N. S. verkauft, jedoch gelegentlich der am 30. Juni 1891 in dieses Grundstück erfolgten Einführung des Sequesters J. K. in die Sequestrationsmasse einbezogen.

Der vom Käufer N. S. gegen den Sequester J. K. überreichten Klage de praes. 8. Juli 1891, Z. 9320, auf Anerkennung des Eigenthumes an dieser Ernte und Ausscheidung derselben aus der Sequestrationsmasse hat das BG Hohenmauth nach ergänztem Verfahren bedingt dahin stattgegeben, wenn der Kläger N. S. den ihm vom Geklagten rückgeschobenen Haupt-

eid ablegt, „es sei wahr, dass er am 28. Juni 1891 von F. T. die ganze Ernte des Grundstückes K. Z. 469 und 471 in Ch. um den vereinbarten Kaufpreis von 150 fl. gekauft habe."

Gründe:

Der vorliegende Rechtsstritt bezielt die E. der Rechtsfrage, in wie weit der Kläger N. S. seine Kaufrechte rücksichtlich der Ernte des Grundstückes K. Z. 469 und 571 in Ch. dem Geklagten gegenüber, welcher später für seine Forderung per 150 fl. die executive Sequestration an dieser Ernte vollziehen liess, zur Geltung bringen könne.

Während nun der Kläger behauptet, die Ernte des obigen Grundstückes bereits am 28. Juni 1891 um den vereinbarten Kaufpreis per 150 fl. erkauft zu haben — was jedoch vom Geklagten widersprochen wird — gibt der Letztere wohl zu, dass die executive Sequestration erst am 30. Juni 1891 bewilligt worden sei und er zu dieser Frist als Sequester gerichtlich eingeführt wurde, führt jedoch aus, der Kläger habe bis jetzt noch nicht das Eigenthum an der Ernte erworben, da dieselbe noch nicht vom Grund und Boden abgesondert war; aus eben diesem Grunde sei Geklagter noch nicht im Besitze derselben.

Hieraus ergibt sich, dass jeder der beiden Streittheile seinen Anspruch aus einem anderen Titel ableitet, und zwar stützt sich der Kläger auf den Kaufvertrag, der Geklagte hingegen auf den Ausspruch des Richters.

Im Wesen handelt es sich jedoch beiden Streittheilen eigentlich nur um einen Anspruch auf das Eigenthumsrecht (ius ad rem), da zugestandenermassen die Nutzungen noch nicht abgesondert und auch von keinem der beiden Theile eingesammelt waren.

Wird nun dem Kläger der Beweis darüber gelingen, dass er am 28. Juni 1891 durch einen giltigen Kaufvertrag bereits die Nutzungen von F. T. erstanden habe, so liegt es auf der Hand, dass dem Kläger an denselben unbedingt ein älteres Recht zustehe, als dem Geklagten, der ja erst am 30. Juni 1891 — an welchem Tage er als Sequester eingeführt wurde — durch den Vollzug der Sequestration nicht mehr Rechte an den Nutzungen erwerben konnte, als dem Executen F. T. — der dieselben bereits an einen Dritten gemäss §§ 1053 und 1275 ABG giltig weiter veräussert hatte — an ihnen zustand.

Dass der Kläger mit F. T. irgend einen Scheinvertrag abgeschlossen hätte, oder dass sonst irgend ein Grund vorliege, diesen obigen Vertrag anzufechten, hat der Geklagte weder behauptet, geschweige denn bewiesen. Nachdem das Vorhandensein des Kaufvertrages vom Geklagten bestritten wurde, musste bei Abgang anderer Beweismittel auf den dem Kläger vom Geklagten rückgeschobenen Haupteid erkannt werden.

Ueber Appellation des Geklagten hat das OLG in Prag das Klagebegehren abgewiesen.

Gründe:

In dem vorliegenden Stritte handelt es sich keineswegs um einen Anspruch auf das Eigenthumsrecht an der Ernte des Grundstückes K. Z. 469 und 471 in Ch., sondern um das Eigenthumsrecht selbst, da ja der Kläger das Erkenntniss gegen den Geklagten begehrt, es sei letzterer schuldig, anzuerkennen, dass die Ernte jenes Grundstückes volles und unbeschränktes Eigenthum des Klägers sei und aus der Sequestrationsmasse des F. T. ausgeschieden werden solle.

Allein durch den vom Kläger behaupteten, angeblich zwischen ihm und dem Pächter F. T. vor der Einführung des Sequesters in das obige Grundstück abgeschlossenen Kaufvertrag konnte kein Uebergang des Eigenthumes an der strittigen Ernte an den Kläger N. S. stattfinden, da der Kläger nicht behauptet, geschweige denn bewiesen hat, dass eine factische Uebergabe, respective Uebernahme dieser Früchte erfolgt sei. Abgesehen davon, sind die Früchte gemäss §§ 294 und 295 ABG, so lange sie vom Grund und Boden nicht abgesondert sind, nicht selbstständige Sachen und können sohin nicht den Gegenstand einer Eigenthumsübertragung an dritte Personen bilden.

Nachdem es dem Kläger nicht gelungen ist, sein Eigenthum an der strittigen Ernte darzuthun, musste demnach seine Klage abgewiesen werden.

Der OGH hat die E. der II. J. unter Hinweis auf deren entsprechende Gründe bestätigt.

2529.

An einem öffentlichen Gute kann kein Servitutsrecht erworben werden. Anmassung einer privatrechtlichen Servitut an einem öffentlichen Wege ist unmöglich; derselbe steht im öffentlich-rechtlichen Verkehr.

E. v. 5. Jänner 1892, Z. 14686. — (GH 29 ex 92, Seite 248.)

I. KG Eger.
II. OLG Prag.

Die Klage der Fleischhauergenossengchaft A gegen die Fischhändlerin B, worin das Begehren um das Erkenntniss gestellt wurde, der Geklagten stehe das Recht des Zuganges von der ihrerseits gepachteten Grundparcelle Nr. 2276 auf den Hofraum des Schlachthauses Parcelle Nr. 514 und zurück nicht zu, dieselbe sei bei sonstiger Execution schuldig, die Ausübung eines solchen Rechtes zu unterlassen, das von ihr zur Herstellung der Verbindung dieser beiden Grundparcellen errichtete hölzerne Thor zu beseitigen und die Absperrung des Schlachthofes seitens der klagenden Genossenschaft gegen die Wegparcelle Nr. 2276 zu durch einen Zaun zu gestatten — wurde von dem KG Eger abgewiesen aus nachstehenden

Gründen:

Die Klagsseite behauptet, dass sie bücherliche Eigenthümerin der Parcelle Nr. 514, des Hofraumes im Schlachthause, sei, dass dieser Hofraum an die Wegparcelle Nr. 2276 und an das zum Stifte X gehörige Grundstück Parcelle Nr. 60 angrenzt, dass zwischen den beiden Grundparcellen Kat.-Z. 514 und 60 in früheren Jahren nie eine Verbindung bestanden habe, vielmehr letztere gegen den Weg Parcelle Nr. 2276 und den Hofraum Parcelle Nr. 514 durch eine hohe Bretterwand abgesperrt gewesen sei, dass aber die Geklagte seit einigen Jahren durch ein in die Bretterverschalung, welche die Wegparcelle Nr. 2276 von dem Grundstücke Parcelle Nr. 60 scheidet, von ihr angebrachtes Thor von letzterem Grundstücke, welches sie gepachtet habe, über die Wegparcelle Nr. 2276 auf den Hofraum Nr. 514 hin und zurück verkehre, dieses Recht weder durch Vertrag noch durch Ersitzung erworben habe und sich sohin dasselbe nur anmasse. Als die klagende Genossenschaft die B an diesem Verkehre hinderte, wurde sie von B mit der Besitzstörungklage belangt, auf welche A in Vergleichsform submittiren musste, weshalb sie zur Einbringung dieser Klage genöthigt sei.

In Betreff der ersten Voraussetzung der Negatorienklage ist es unbestritten, dass der klagenden Genossenschaft das Eigenthumsrecht an dem Hofraume Parcelle Nr. 514 zusteht; dagegen muss die Klägerin selbst zugeben, dass für sie das Eigenthumsrecht an der angrenzenden Wegparcelle Nr. 2276 bücherlich nicht einverleibt, letztere vielmehr im Verzeichnisse über das öffentliche Gut als öffentlicher Weg angeführt ist. Dennoch glaubt die Klägerin zur Klage auch bezüglich dieser Parcelle berechtigt zu sein, weil ihr ein specieller Rechtstitel zustehe, der die Mitbenützung dieses Weges durch dritte Personen ausschliesse. Sie behauptet nämlich, dass der eigentliche Zugang zum Schlachthofe und zur Parcelle Nr. 514 von der entgegengesetzten Seite, dem sogenannten Mühlthore aus führe, und dass die Einhaltung der sanitätspolizeilichen Vorschriften betreffend die Ueberwachung der Schlachtungen und die Fleischbeschau es von jeher mit sich brachte, dass der Schlachthof abgesperrt gehalten und der Ein- und Ausgang einer genauen Controle unterzogen wurde. Mit dem Rathsbeschlusse des bestandenen städtischen Magistrates vom 26. November 1830, Z. 6572, sei der Metzgerzunft bewilligt worden, über die jetzige Wegparcelle Nr. 2276 einen zweiten Eingang zu den Fleischbänken auf ihre Kosten einzurichten und zu erhalten, mit der Bedingung, dass ohne polizeiliche Bewilligung dieser Zugang nur in den Morgenstunden geöffnet sein dürfe, sonst aber gesperrt gehalten werden müsse, und dass die Zunft diesen Weg gegen den angrenzenden Grund des Stiftes X durch genügend hohe Bretterverschalung abschliesse. Seit dem Anfange der Achtziger-Jahre sei aber dieser Weg nicht mehr als Zugang

zu den Fleischbänken benützt, sondern versperrt gehalten, also ausser Verkehr gesetzt worden. Somit sei dieser Weg nur in beschränktem Masse und nur zu gewissen Zeiten dem allgemeinen Verkehre offen gestanden. Uebrigens habe die Zunft mit Contract vom 26. Jänner 1838 das Eigenthumsrecht an einem Grundcomplexe erworben, welcher auch den Weg Parcelle Nr. 2276 umfasste, der erst bei der Neuanlegung des Grundbuches als öffentliches Gut erklärt wurde.

Durch diese Urkunden hat nun die Klägerin zwar dargethan, dass ihr Dispositionsbefugnisse polizeilicher Natur über die in Rede stehende Wegparcelle eingeräumt wurden, nicht aber auch den Nachweis erbracht, dass sie einen besonderen Rechtstitel zum Besitze, geschweige denn zur Erwerbung des Eigenthumsrechtes erlangt habe. Ueberdies vermag sie die nach § 431 ABG nothwendige Eintragung in das Grundbuch nicht nachzuweisen. Die Klägerin erscheint daher nur bezüglich des Hofraumes Parcelle Nr. 514, nicht aber auch rücksichtlich des Weges Parcelle Nr. 2276 zur vorliegenden Klage activ legitimirt.

Was nun die zweite, im § 523 ABG begründete Voraussetzung des Klagebegehrens, die Anmassung einer Servitut seitens der Geklagten anbelangt, so gesteht die Geklagte zu, dass weder dem Eigenthümer des Grundstückes Parcelle Nr. 60, noch ihr als Pächterin desselben eine derartige Dienstbarkeit auf die Parcelle Nr. 514 zustehe, behauptet aber, trotzdem berechtigt zu sein, über die Wegparcelle Nr. 2276 von Parcelle Nr. 60 auf Parcelle Nr. 514 und zurück zu verkehren, weil sie Eigenthümerin der Fleischbank Nr. 6 im Schlachthofe sei, daher in demselben verkehren dürfe, weil ferner die angrenzende Parcelle Nr. 2276 ein öffentlicher Weg sei, endlich, weil sie Besitzerin von den im anstossenden Mühlgraben gelegenen Fischkästen sei und laut Verordnung des böhmischen Landesguberniums vom 19. April 1827 die Metzgerzunft verpflichtet worden sei, den Besitzern der Fischkästen am Mühlgraben den Zugang vom Schlachthofe Parcelle Nr. 514 aus jederzeit zu gestatten, welcher Zugang zwischen den Fleischbänken Parcellen Nr. 505 und 506 durch eine Bude in der Stadtmauer über einen Theil der Parcelle Nr. 2276 führe. Die Klagsseite gibt das Thatsächliche dieser Anführungen als richtig zu, verweist auf den vom Mühlthore aus in den Schlachthof führenden Eingang, welcher allen Mitgliedern der Genossenschaft, daher auch der Geklagten genüge, und behauptet, dass für die Besitzer der Fischkästen ein anderer Zugang durch die durchbrochene Stadtmauer bei der Fleischbank Nr. 492 bestehe. Uebrigens sei der Geklagten mit der E. des Stadtrathes, E. vom 4. December 1886, als derselben die Aufstellung eines Schupfens auf der Parcelle Nr. 60 für die Dauer ihrer Pachtzeit bewilligt wurde, aufgetragen worden, sich mit der klagenden Genossenschaft wegen Gestattung eines Zuganges von der Parcelle Nr. 60 in's Einvernehmen zu setzen, was B unterlassen hat.

Hierauf ist vorerst zu bemerken, dass es nicht darauf ankomme, ob die Geklagte den Zugang über die Wegparzelle Nr. 2276 benöthige, sondern nur, ob sie das Recht habe, diesen Zugang zu benützen und dass die bezogene Erledigung des Stadtrathes nur den Rath für die Geklagte beinhaltet, sich, falls ihr ein derartiges Recht nicht zustünde, mit der Klägerin in's Einvernehmen zu setzen.

Die von der Klägerin beanständete Richtung des Verkehres der Geklagten setzt sich aus der Communication zwischen dem Hofraume Parcelle Nr. 514 und dem Wege Parcelle Nr. 2276 einerseits, dann zwischen dieser Wegparcelle und dem Grundstücke Parcelle Nr. 60 andererseits zusammen, weshalb vor Allem zu erörtern ist, ob die B überhaupt berechtigt ist, auf der Wegparcelle Nr. 2276 zu verkehren. Da nun diese Parcelle ein öffentliches Gut ist, kann sich der Verkehr auf derselben niemals als die Ausübung einer Dienstbarkeit darstellen, weil das öffentliche Gut zum Gemeingebrauche zu dienen hat, und dieser Privatrechte, somit auch Servituten ausschliesst. Die Berechtigung der Geklagten, über die Parcelle Nr. 2276 zu verkehren, ergibt sich daher aus der Natur der Oeffentlichkeit dieses Weges. Die Art und das Mass des Gemeingebrauches kann wohl polizeilich geregelt sein, doch könnte gegen ein Zuwiderhandeln gegen solche Vorschriften nur bei der Verwaltungsbehörde Abhilfe gesucht werden.

Was nun die Communication der B zwischen den Parcellen Nr. 2276 und Nr. 60 anbelangt, so behauptet die Klägerin, dass der von der Geklagten benützte seitliche Zugang von Parcelle Nr. 60 auf den Weg Parcelle Nr. 2276 erst seit etwa 15 Jahren besteht, daher das Recht dieses Zuganges von B noch nicht ersessen sein kann. Die Geklagte benützt nach der klägerischen Darstellung von dem Wege Nr. 2276 nach dessen Betretung von dem Grundstücke Nr. 60 her nur einen Theil, wozu sie natürlich berechtigt ist, da sie die ganze Parcelle benützen darf. Ebensowenig kann ihr der Verkehr von diesem öffentlichen Wege zum Hofraume und zurück verwehrt werden, weshalb in der ganzen, von der B eingehaltenen Wegrichtnng eine unzulässige Erweiterung ihres von der Klagsseite beanständeten Rechtes nicht erblickt werden. Hiernach ist das Klagebegehren auf Aberkennung dieses Zuganges unbegründet. Das weitere Petit, die B habe den in der Verschalung zwischen den Parcellen Nr. 60 und Nr. 2276 hergestellten Durchgang zu beseitigen, ist die klagende Genossenschaft zu stellen nicht legitimirt, wie sie auch die B nicht verhalten kann, den Hofraum Nr. 514 durch einen auf der Wegparcelle Nr. 2276 zu errichtenden Zaun abzusperren, da die Parcelle Nr. 2276 weder der Klägerin noch der Geklagten gehört, sondern ein öffentlicher Weg ist.

Das OLG in Prag hat diese E. bestätigt.

Gründe:

Die Anführung vor Allem, dass nicht die Wegparcelle Nr. 2276, sondern der Hofraum Parcelle Nr. 514 als dienstbarer Grund, die Parcelle Nr. 60 aber als herrschendes Gut erscheine, und der Wegparcelle Kat.-Z. 2276 nur als die Communication vermittelnd Erwähnung geschehe, ist, wie sich aus dem Wortlaute der Klageschlussbitte ergibt, unrichtig, der gegen die Urtheilsbegründung erhobene Vorwurf der Actenwidrigkeit aber unbegründet, da die Klägerin nur die Berechtigung der Geklagten, durch die Bude in der Stadtmauer von K.-Z. 2276 zu den Fischkasten zu gehen, bestreitet und behauptet, dass die Geklagte auf Kat.-Z. 2276 nicht gehen müsste, da der Zugang zu den Fischkasten in der Stadtmauer bei der Fleischbank Nr. 492 führt, mithin ein anderer Zugang überflüssig ist. Da es nun für die E. der Rechtssache gleichgiltig bleibt, ob Geklagte den behaupteten Weg brauche, da nur entscheidend erscheint, ob sie zu diesem Wege ein Recht habe, wurde vom ersten Richter ganz mit Recht der über die vorerwähnten klägerischen Behauptungen angebotene Beweis durch gerichtlichen Augenschein und Sachverständige nicht zugelassen.

Was den Anstoss zur Ausübung des bestrittenen Weges durch die Geklagte gab, ob dies der Besitz der Fischkästen oder der Fleischbank Nr. 6, oder aber die pachtweise Erwerbung des Grundstückes Kat.-Z. 60 war, ist ganz irrelevant. Wenn die Appellation weiter bestreitet, dass in dem Erlasse des Stadtrathes E. der Geklagten nicht ein blosser Rath, sondern geradezu die Bedingung auferlegt wurde, sich den Zugang zu den auf Parcelle Nr. 60 aufzuführenden Baulichkeiten durch Gestattung des Anrainers erst zu verschaffen, so übersieht sie ganz, dass, falls eine diesfällige Bedingung des Bauconsenses fixirt worden wäre, Geklagte ja vor deren Erfüllung gar nicht zur Bauführung hätte schreiten dürfen. Eine Zulassung von Beweisen darüber, dass die Wegparcelle Kat.-Z. 2276 vollständig dem Verkehre entzogen, abgesperrt und mit Gestrüpp derart verwachsen ist, dass ein Verkehr auf ihr nicht erfolgen kann und dass bei normalem Bestande ein Verkehr auch von Parcelle Nr. 60 auf die Parcelle Nr. 514 gar nicht stattfinde und nicht stattzufinden habe, erscheint mit Rücksicht auf § 523 ABG überflüssig.

Der OGH hat der a. o. Revisionsbeschwerde keine Folge zu geben befunden.

Gründe:

Da die Parcelle Nr. 2276 öffentliches Gut, die Parcelle Nr. 60 aber Eigenthum des Stiftes X ist, so ist die Klage, insoferne die Einstellung der Benützung der Wegparcelle und die Beseitigung des von der Parcelle Nr. 60 auf diese Wegparcelle durch den Zaun hinausführenden Thores, endlich die Gestattung, auf der Wegparcelle Nr. 2276 einen Zaun aufzurichten begehrt wird, offenbar verfehlt und genügt es in dieser Richtung,

auf § 523 ABG, beziehungsweise die Eigenschaft der Parcelle Nr. 2276 als eines öffentlichen Weges hinzuweisen. Die klagende Genossenschaft hat zugestanden, dass die Geklagte als Eigenthümerin der Fleischbank Nr. 6 berechtigt sei, die Parcelle Nr. 514 zu betreten, da, wie auch der Situationsplan nachweist, die Parcelle eigentlich den Hofraum bildet, auf den sämmtliche Fleischbänke münden. Dass dieses Recht der Mitglieder der Fleischergenossenschaft, ein dieser Genossenschaft bücherlich zugeschriebenes Grundstück zu betreten, ohne welches Recht diese Mitglieder ihr Gewerbe gar nicht ausüben könnten, eine auf einem Privatrechtstitel beruhende Dienstbarkeit sei, ist nicht bewiesen worden, es kann also auch von einer Erweiterung einer Dienstbarkeit der Geklagten gegenüber keine Rede sein. Dass eine Beschränkung in der Art besteht, dass die Eigenthümer der Fleischbänke den Hofraum Parcelle Nr. 514 gerade nur durch den Zugang vom Mühlthor betreten dürfen, wurde ebenfalls nicht bewiesen und was in dieser Hinsicht im Rechtsstritte vorgebracht wurde und sich auf gesundheitspolizeiliche und Steuervorschriften gründet, kann von dem Civilrichter nicht geprüft und beurtheilt werden.

Ein Auftrag, dass die Eigenthümerin der Fleischbank Nr. 6 auf keinem anderen Wege als vom Mühlthor aus den Hofraum Parcelle Nr. 514 betrete, beziehungsweise verlasse, kann bei dieser Sachlage im Civilrechtsverfahren nicht erlassen werden. Aber auch der Geklagten als Besitzerin eines Fischkastens gegenüber kann ein derartiger Auftrag nicht ergehen. Die klagende Fleischhauergenossenschaft hat zugestanden, dass laut des Erlasses des königl. böhmischen Landesguberniums vom 19. April 1827 an die unentgeltliche Ueberlassung jenes Theiles der Stadtmauer, woran die Fleischbänke angebaut sind, von Seite des Magistrates und der Anwaltschaft E. an die damals bestandene Metzgerzunft die Bedingung geknüpft war, dass die Zunft verpflichtet sei, den Besitzern der Fischkästen am Mühlgraben den freien und ungehinderten Durchgang jederzeit zu gestatten. In dem Vertrage vom 25. Jänner 1828 kommt diese Verpflichtung nicht vor, allein sie besteht thatsächlich zu Recht.

Wenn die klagende Genossenschaft sich darauf stützt, dass die Besitzstörungklage der B es unumgänglich nöthig machte, dass die gegenwärtige Klage erhoben wurde, indem die Genossenschaft es nicht zulassen konnte, dass für das Grundstück Parcelle Nr. 60 als herrschenden Grund die Dienstbarkeit des Weges über Parcelle Nr. 514 ersessen werde, so ist vor Allem zu bemerken, dass es unrichtig sei, B habe den Zutritt auf den Hofraum Parcelle Nr. 514 ausdrücklich als Pächterin der Parcelle Nr. 60 in Anspruch genommen, vielmehr wird darauf Gewicht gelegt, dass B als Besitzerin der Fleischbank Nr. 6 und als Fischhändlerin diesen Zugang in Ausübung ihres Gewerbes benöthige . . . . Dabei sei aber überdies darauf hingewiesen, dass in dem über die Besitzstörungsklage geschlossenen Vergleiche mit keinem Worte davon die Rede ist, dass die

Klägerin ihr Recht zur Betretung der Parcelle Nr. 514 auf dem strittigen Wege aus dem Pachtbesitze von Parcelle Nr. 60 ableite, oder dass die Fleischhauergenossenschaft ein solches factisch bestehendes Recht der Pächterin der Parcelle Nr. 60 zugestehe, dass die Klägerin vielmehr ausdrücklich erklärte, auf diesem Zugang kraft ihres Eigenthums an der Fleischbank Nr. 6 in Eger bestehen zu müssen. Da nun die Fleischhauergenossenschaft überdies auch zugesteht, dass der Eigenthümer von Parcelle Nr. 60 nie einen Anspruch auf eine Wegdienstbarkeit von Parcelle Nr. 60 über Parcelle Nr. 2276 und Parcelle Nr. 514 erhoben habe, so kann die Berechtigung der vorliegenden negatorischen Klage aus dem vorausgegangenen Besitzstörungsstritte nicht gefolgert werden.

2530.

Unzulässigkeit der Aufforderungsklage gegenüber dem Besitzer eines Servitutsrechtes seitens des Eigenthümers der durch dieselbe belasteten Sache.

E. v. 7. Jänner 1892, Z. 15621. — (JB 24 ex 92, Seite 288.)
I. BG Landskron.
II. OLG Prag.

Bei der am 7. Mai 1890 von dem Bürgermeisteramte in L. über das Gesuch des V. H. um Bewilligung zum Aufbau eines Stockwerkes auf sein Hinterwohnhaus Nr. 77 in L. angeordneten commissionellen Erhebung erklärte J. B. als Vertreter der brauberechtigten Bürgerschaft in L., dass er in den Aufbau dieses Stockwerkes aus dem Grunde nicht einwillige, weil hierdurch drei Fenster des nachbarlichen Brauhauses, welche jetzt die Aussicht nach dem Hofraume des dem Bittsteller V. H. gehörigen Hauses hatten, verbaut würden. Nachdem diesbezüglich ein Ausgleich im gütlichen Wege nicht erzielt wurde, so wurde V. H. von dem Stadtrathe gemäss § 37 der Bauordnung für Böhmen vom 8. Jänner 1889 angewiesen, diesen Streit im Rechtswege auszutragen, da es sich hier um Privatrechte handelt. In Folge dessen überreichte nun V. H. gegen J. B. als Verwalter dieses Brauhauses die Aufforderungsklage und stellte das Begehren, es sei dem Geklagten aufzutragen, er habe seine vermeintlichen Servitutsrechte wider den beabsichtigten Aufbau eines Stockwerkes auf das klägerische Hintergebäude Nr. 77 in L. rücksichtlich des behaupteten Fensterrechtes bei sonstigem ewigen Stillschweigen auszuführen.

Die I. J. hat diesem Klagebegehren unbedingt stattgegeben.

Gründe:

In dem gegenwärtigen Stritte handelt es sich, unbeschadet der materiellen beiderseitigen Rechte, nur um die formelle Frage, ob die Aufforderung statt hat oder nicht. Der Aufgeforderte, das ist hier der Geklagte

J. B., hat jene klagsweise Aufforderung des Bauführers V. H. mit einer Einrede beantwortet, in welcher er die Unstatthaftigkeit der Aufforderung darzuthun sich bemüht, vornehmlich mit dem Hinweise darauf, dass die brauberechtigte Bürgerschaft als Eigenthümerin des städtischen Brauhauses sich in dem Besitze jener Dienstbarkeit des Fensterrechtes befinde, bezüglich welcher der Bauführer sie zum Beweise drängt. Indessen bei Feststellung dieser Anschauung möchte man dazu gelangen, dass der Hauseigenthümer selbst, wenn er sich in dem ruhigen Besitze seines Gebäudes sammt Zugehör, das ist auch der darüber befindlichen Luftsäule, befände, alle Jene klagen müsste, welche unter dem Vorwande von Dienstbarkeiten dem freien Schalten des Eigenthümers Hindernisse bereiten, er wäre dann schlechter gestellt als jene Personen und müsste ihnen gegenüber die Freiheit seines Eigenthumes durchsetzen, während doch das Eigenthum seinem Begriffe nach das ausschliessende Verfügungsrecht bedeutet (§ 354 ABG). Es steht also hier dem Sachbesitze des Aufforderers, V. H. ist ja unbestritten im ruhigen Besitze seines Hauses gewesen, der Rechtsbesitz des Aufgeforderten J. B., das ist der ruhige Besitz des Fensterrechtes seitens der Brauhausverwaltung gegenüber und dieser Gegensatz kann gewiss nicht dem Hauseigenthümer zum Nachtheile gereichen, vielmehr vermag er sich, gestützt auf die vom Gegner irriger Weise zu eigenen Gunsten berufenen gesetzlichen Bestimmungen (§ 323 ABG) eher zu behaupten, als der Servitutswerber; dieser ist genöthigt, seine Rechte gegenüber dem Eigenthümer, der zugleich Sachbesitzer ist, durchzusetzen. Demnach war unbedingt nach dem Klagebegehren zu erkennen, zumal der Vertreter der brauberechtigten Bürgerschaft eben unter Hinweis auf jenes Fensterrecht gegen den vorzunehmenden Bau, Erhöhung des Gebäudes, protestirt, mithin sich eines Rechtes berühmt hat, also zweifellos zu dessen Geltendmachung aufgefordert werden kann. Es erübrigt nur noch, die übrigen Einwendungen des Geklagten zu berühren: dass jene Fenster, deren Verbauung jetzt in Frage steht, für das Brauhaus unentbehrlich sind, seit unvordenklicher Zeit bestehen, von dem Vorbesitzer des V. H. ausdrücklich anerkannt wurden, folglich deren freier Gebrauch ersessen wurde; all' dies sind Momente, welche das materielle Recht zum Ausgangs- und Zielpunkte haben, also hier in dem rein formellen Aufforderungsprocesse nicht zu erörtern sind. Eher zu berücksichtigen sind die Einwände betreffs des activen und passiven Klagerechtes des Bauführers V. H. Zweifellos konnte er allein als bücherlicher Miteigenthümer des Hauses Nr. 77 in L. die Aufforderungsklage überreichen. Denn er bewarb sich um den Bauconsens, ihm gegenüber protestirte der Vertreter der brauberechtigten Bürgerschaft, jener allein trat in dieser Sache handelnd auf. Ebenso unbestreitbar konnte er den Vertreter der brauberechtigten Bürgerschaft klagen, da derselbe sich jenes Rechtes namens dieser Bürgerschaft rühmte und die Rechte und Interessen dieser Gemeinschaft, welche

alle Theilhaber des Brauhauses umschliesst, nach Aussen hin ohne Widerspruch vertritt. Es ist demnach die Klage in keiner Hinsicht entkräftet, folglich unbedingt nach deren Schlussbitte erkannt worden.

Ueber Appellation des Geklagten J. B. hat die II. J. das U. I. J. aufgehoben und zugleich derselben aufgetragen, den von beiden Theilen angebotenen Zeugenbeweis durchzuführen und sodann ein neues U. hierüber zu schöpfen. Nach geschlossenem Verfahren hat nun die I. J. auf Abweisung dieser Aufforderungsklage erkannt aus nachstehenden

Gründen:

Ausgehend von der besagten E. II. J. ist nur mehr zu untersuchen, inwiefern der aufgeforderte Vertreter des bürgerlichen Brauhauses den Besitz des Fensterrechtes seitens des Brauhauses nachgewiesen hat. In dieser Richtung erhellt aus den Aussagen der vernommenen Zeugen J. N., F. L., R. S., J. M., J. J. und F. J. zweifellos, dass auf jener Seite, welche der Kläger V. H. verbauen will, seit jeher Fenster existirten, welche dort wegen des Licht- und Luftzutrittes zum Sud- und Dörrhause unentbehrlich sind. Wie viele, wie hoch und wie geartet sie waren und ob selbe nach innen oder aussen geöffnet wurden, erscheint dabei nebensächlich. Dazu kommt, dass des Klägers Besitzvorgänger J. M. jenes Fensterrecht im Jahre 1875 anerkannt hatte und dass es auch vom Kläger bisher nicht bestritten worden war. Es war also das Brauhaus in dem unbestrittenen Besitze jenes Fensterrechtes, mithin ist die gegen dasselbe gerichtete Aufforderung zur processualen Geltendmachung jener Dienstbarkeit im Sinne des § 324 ABG unstatthaft, vielmehr müsste der Kläger V. H. sein vermeintlich stärkeres Recht im Processwege darthun und die Aberkennung jener Dienstbarkeit gegenüber der Braubürgerschaft erwirken, die sie notorisch seit jeher übte. Rücksichtlich der übrigen formalen Einwendungen und Gesichtspunkte wird auf die Entscheidungsgründe des ersten U. verwiesen.

Ueber Appellation des Klägers hat die II. J. die E. I. J. vollinhaltlich bestätigt aus nachstehenden

Gründen:

Wenn auch der § 72 AGO bestimmt, dass Derjenige, der einen Bau vor hat, befugt ist, bei dem Gerichte Diejenigen, gegen deren Widerspruch er sich sicherstellen will, anzugeben und zu verlangen, dass ihnen die Ausführung ihrer Rechte aufgetragen werde, so steht dieser Paragraph doch nicht mit der Bestimmung des ABG und des Hofd. vom 15. Jänner 1837, Z. 621, im Widerspruch, und es ist die Einwendung der Unstatthaftigkeit der Aufforderung dort zulässig, wo der Geklagte nach den Bestimmungen des ABG zur Angabe seines Besitztitels überhaupt nicht aufgefordert werden kann. Durch die Aussagen der Zeugen ist erwiesen, dass in dem seit langen Jahren (mindestens über 50 Jahre) bestehenden Brau-

hause zu L. und zwar auf jener Seite, welche der Kläger verbauen will, Fenster zu dem Zwecke bestanden, um dem Sudhause die zum Zwecke der Abkühlung des Bieres nöthige Luft und Ventilation zu verschaffen, dass diese Fenster zu diesem Zwecke unentbehrlich sind, dass diese Fenster bis zu dem im Jahre 1875 erfolgten Neubau des Brauhauses zwar nur mit Holzthüren versehen waren, die sich nach Innen öffneten, dass diese Fenster aber nach dem Umbau mit Glasflügeln und Jalousien versehen wurden, die nach Aussen, also in den Luftraum der Realität, auf welcher das um ein Stockwerk zu erhöhende Haus des Klägers steht, geöffnet wurden und noch geöffnet werden, ferner dass der Vorbesitzer J. M., wie derselbe und der Bürgermeister J. N. bestätigen, bei der im Jahre 1875 aus Anlass des Neubaues abgehaltenen Baucommission seine Zustimmung ertheilte, dass die Fenster stehen bleiben und dass er hierbei nur den Wunsch ausgesprochen habe, es möchten dieselben etwas höher angebracht werden. Hiermit hat der Geklagte den Besitz und die Ausübung der Servitut des Fensterrechtes an Seite der brauberechtigten Bürgerschaft in L. an dem nun zu verbauenden Luftraum des Klägers bewiesen und ferner dargethan, dass der vorhabende Bau dieses Besitzverhältniss bedroht und alterirt. Da gemäss § 298 ABG Rechte den beweglichen Sachen beigezählt werden und gemäss § 323 ABG der Besitzer einer Sache, also auch eines Rechtes die Vermuthung eines giltigen Titels für sich hat, der Kläger sich mit Rücksicht auf die Bestimmung des § 324 ABG auf die Freiheit des Eigenthums mit Erfolg nicht berufen kann, so genügt der Widerspruch dagegen, ohne dass er angehalten werden kann, den Rechtstitel seines Besitzes auszuführen, da vielmehr dem Kläger, wenn er die Rechtmässigkeit dieses Besitzes zu bestreiten gedenkt, die Ausführung seines Rechtes im ordentlichen Rechtswege bevorsteht. Es kann dem Besitzrechte der Braubürgerschaft nicht abträglich sein, dass sie niemals in den Fall kam, gegen den Besitzer des Hauses ein Untersagungsrecht bezüglich eines Baues auf der nunmehr in Aussicht genommenen Bauarea nach § 313 ABG auszuüben. Es musste daher das die Abweisung der Aufforderungsklage aussprechende erstrichterliche U. aus dessen Gründen und noch in der weiteren Erwägung bestätigt werden, dass auch die Person des Geklagten verfehlt und demselben die passive Klagslegitimation mangelt, indem die Klage gegen J. B. als Vertreter der brauberechtigten Bürgerschaft, nicht aber gegen die letztere, vertreten durch J. B., gerichtet ist, nach dem Inhalte der Klage und deren Beilagen, namentlich dem Protocolle vom 7. Mai 1890, J. B. nicht im eigenen Namen, sondern im Namen der brauberechtigten Bürgerschaft in L. handelt und auch in deren Namen den Widerspruch gegen den beabsichtigten Bau erhoben hat, nach § 1007 ABG J. B., insoferne er in den Grenzen seiner Vollmacht handelt, keine Rechte erworben, noch Verbindlichkeiten auf sich genommen hat, und weil es sich um ein mit dem Brauhause verknüpftes dingliches Recht

handelt, über welches J. B. als Vertreter oder Verwalter zu disponiren nicht berechtigt erscheint.

Der OGH bestätigte unter Abweisung der a. o. Revisionsbeschwerde des Klägers die unterrichterlichen E. aus folgenden

Gründen:

Der Belangte hat durch die Zeugen J. N. und J. M. den Beweis geliefert, dass der brauberechtigten Bürgerschaft in L. bei der zum Zwecke des Umbaues ihrer Braustätte in dem Jahre 1875 abgehaltenen behördlichen Erhebung die Anbringung jener drei Fenster, um deren Fortbestand es sich jetzt handelt, von J. M., Rechtsvorgänger des Klägers, gestattet worden ist. Damals sollte doch ein bleibender Bauzustand geschaffen werden. Dies war ja der Zweck der politischen Baucommission. Es kann daher füglich nicht angenommen werden, dass von der Bauwerberin nur eine vorübergehende Duldung der Fenster auf Widerruf gemeint gewesen wäre. Im Gegentheile konnte sie dafür halten, dass der Braustätte ein bleibendes Fensterrecht eingeräumt wurde. In diesem Besitze befindet sich die brauberechtigte Bürgerschaft auch noch heute. In diesem in die Augen fallenden Zustande hat die dienstbare Liegenschaft der Kläger an sich gebracht. Von ihm kann daher eine Täuschung durch das Grundbuch, ein guter Glaube nicht geltend gemacht werden. Der Besitz des Fensterrechtes schützt die brauberechtigte Bürgerschaft nach § 324 ABG ungeachtet der mangelnden bücherlichen Eintragung der Dienstbarkeit vor der Aufforderung, ihr Recht dem Kläger gegenüber auszuführen. Bei dem Abgange einer auch nicht behaupteten Nichtigkeit kann daher in den gleichförmigen untergerichtlichen E. auch keine offenbare Ungerechtigkeit wahrgenommen werden, und fehlen die Voraussetzungen, unter denen allein nach dem Hofd. vom 15. Februar 1833, JGS Nr. 2593, mit der Abänderung der U. vorgegangen werden könnte. Der a. o. Revisionsbeschwerde war demnach keine Folge zu geben.

2531.

Wenn der Verkäufer eines Gutes die Verpflichtung übernimmt, dem Käufer das Gut lastenfrei zu übergeben und zur Sicherstellung Verpflichtung und Caution auf seinem Gute intabuliren lässt, hat er erst dann das Recht, eine löschungsfähige Urkunde über die Cautionssumme zu verlangen, wenn der letzte Pfandrechts-Löschungsbescheid rechtskräftig ist.

E. v. 7. Jänner 1892, Z. 14918. — (GH 28 ex 92, Seite 240.)

A hat den Eheleuten B im Jahre 1882 ein Grundstück lastenfrei verkauft und sich verpflichtet, sämmtliche auf diesem Grundstücke lastenden Pfandrechte zu löschen. Zur Sicherstellung dieser Bedingung hat A

dem B eine Caution per 150 fl. angeboten und diese auf seinem Gute X intabuliren lassen.

Als nun der letzte, das verkaufte Grundstück betreffende Pfandrechts-Löschungsbescheid erging und dem B am 10. December 1889 zugestellt wurde, forderte A in einem Briefe vom 25. December 1889 die Eheleute B auf, ihm eine löschungsfähige Erklärung betreff der oberwähnten Caution „in der kürzesten Zeit" zu übersenden.

Da die Eheleute B auf dem Lande wohnten und die begehrte Urkunde, welche die Lustrirung des Grundbuches und eine Legalisirung erforderte, sofort nicht einsenden konnten, so wurde dem A postwendend mitgetheilt, dass die gewünschte Urkunde binnen acht Tagen ihm zugesendet werden würde.

A gab hierauf keine Antwort, sondern belangte die Eheleute B unter'm 28. December 1889 sogleich wegen Ausfolgung der fraglichen Urkunde.

Da nun die Belangten in der von ihnen festgesetzten Frist von acht Tagen die fragliche Urkunde dem A in der That eingeschickt haben, so schränkte der Kläger in der Replik sein Klagebegehren dahin ein, dass er blos den Ersatz der Processkosten beanspruche.

Auf dies entspann sich nun ein Streit in der Richtung, ob Kläger vor Ablauf der achttägigen Frist berechtigt war, eine Klage wider die Eheleute B zu erheben und ob letztere verpflichtet sind, die Kosten dieser Klage, wie auch des aus diesem Anlasse entstandenen Processes zu tragen.

Die I. J. hat die Eheleute B in den Ersatz sämmtlicher Klag- und Streitkosten verfällt, in der Erwägung, dass die Pflicht zur Ausstellung der fraglichen löschungsfähigen Urkunde seitens der Belangten schon mit dem Tage der Zustellung des letzten Löschungsbescheides, d. i. am 10. December 1889, bestanden habe, ferner in der Erwägung, dass, da A auf die Mittheilung, er werde die fragliche Urkunde binnen acht Tagen eingeschickt erhalten, keine Antwort ertheilte, damit zu verstehen gab, dass er den Antrag betreff der Zusendung der Urkunde nicht annehme.

Das OLG hat das U. I. J. abgeändert und A mit dem Anspruche auf Ersatz der Processkosten abgewiesen, weil der zuletzt ergangene Löschungsbescheid den Eheleuten B am 10. December 1889 zugestellt worden war, daher A vor Rechtskraft desselben, d. i. vor Ablauf von 30 Tagen (§ 125 GBG), gar nicht berechtigt gewesen ist, von den Eheleuten B eine löschungsfähige Urkunde über die Cautionssumme per 150 fl. zu verlangen. Die Klage de praes. 28. December 1889 war daher auch mit Rücksicht, dass in der brieflichen Aufforderung vom 25. December 1889 kein Termin zur Einsendung der Extabulirungsurkunde bestimmt und die achttägige Frist durch das stillschweigende Verhalten des Klägers als Zustimmung stillschweigend angenommen worden war, vor Ablauf dieser Frist vorzeitig und nach Ablauf derselben gegenstandslos.

Der OGH bestätigte die E. der II. J., weil die Aufforderung des A, ihm ausergerichtlich eine Löschungserklärung betreff der Cautionsforderung per 150 fl. „in kürzester Frist“ zukommen zu lassen, gemäss § 861 ABG für einen Antrag und das Antwortschreiben der B, dass dem Antragsteller die fragliche Erklärung binnen acht Tagen zugeschickt werden wird, für die Annahme dieses Antrages angesehen werden muss und dies umsomehr, als auf das Antwortschreiben des B keine weitere Mittheilung erfolgt ist, ein achttägiger Termin aber zur Ausfertigung und Einsendung einer löschungsfähigen Erklärung der am Lande wohnhaften Parteien über ein Rechtsgeschäft, welches durch mehrere Jahre in Verhandlung war und das noch nicht rechtskräftig abgeschlossen wurde, dem Begriffe „in der kürzesten Zeit“ vollkommen entspreche.

Da nun die Belangten B in der angegebenen Frist von acht Tagen die fragliche Löschungserklärung dem Kläger A in der That zugeschickt haben, so war die vor Ablauf dieser Frist überreichte Klage voreilig und die Processführung seitens des A muthwillig.

2532.

Auch für die vorbereitenden Schritte zu wegen Nichtanmeldung unterbliebenen Amtsacten ist der Notar als k. k. Gerichtscommissär zu honoriren.

E v. 12. Jänner 1892, Z. 13. — (NZ 21 ex 90, Seite 144.)
I. LG Wien.
II. OLG Wien.

In der Executionssache der Versicherungsgesellschaft A gegen B pcto. restlicher 3·01 fl. s. N. G. hat die I. J. anlässlich der bewilligten, jedoch wegen unterlassener Anmeldung nicht vorgenommenen executiven Schätzung eines Hauses die Gebühren des k. k. Notars als Gerichtscommissär mit 6·43 fl. bestimmt.

Dem Recurse der A hat das OLG dahin Folge gegeben, dass die Gebühr des Gerichtscommissärs auf 3·15 fl. herabgesetzt werde, weil mit Rücksicht auf den mit der Amtshandlung des Gerichtscommissärs verbundenen geringen Aufwand an Zeit und Mühe (§ 28 Notariatstarif) die bezügliche Thätigkeit mit 3·15 fl. ausreichend honorirt erscheint, zumal angesichts dessen, dass die Vornahme der executiven Schätzung nicht angemeldet wurde, Erhebungen im Grundbuche und bei der Steueradministration nicht nothwendig waren.

Dem Revisionsrecurse des k. k. Notars C als Gerichtscommissär hat der OGH Folge zu geben und den erstrichterlichen B. wieder herzustellen befunden, weil dem Notar C als Gerichtscommissär aufgetragen wurde, die Hausschätzung am 23. August 1891 um 10 Uhr Vormittags nach vorheriger Anmeldung von Seite des Executionswerbers vorzunehmen,

und der Gerichtscommissär daher alles vorbereiten musste, um diese Schätzung auf Verlangen des Executionswerbers, auch wenn dieses erst am 25. August 1891 bis 10 Uhr Vormittags gestellt werden würde, sofort vornehmen zu können, zu diesen Vorbereitungen aber auch jene Mühewaltungen sammt damit verbundenen Auslagen gehören, welche vom Richter I. J. angemessen insgesammt mit 6·43 fl. bestimmt wurden.

2533.

Pertinenzqualität einer auf einem Pachtgrunde seitens des Pächters angelegten Pflanzung.

E. v. 12. Jänner 1892, Z. 132. — (JB 19 ex 92, Seite 227.)

Mit dem Vertrage vom 29. December 1885 hat Theresia S. das ihr gehörige Haus C.-Nr. 256 in G. sammt dem zu demselben gehörigen Gartengrunde Parc.-Nr. 275 den Eheleuten Robert und Francisca P. zum Betriebe des Gastgewerbes verpachtet. Nach dem Zustandekommen des Pachtvertrages hat Robert P. aus Eigenem auf dem genannten Gartengrunde wilden Wein angepflanzt, denselben aber nach Auflösung des Pachtvertrages, nachdem mittlerweile das obige Haus sammt Gartengrund mit dem Kaufvertrage vom 5. November 1889 in das Eigenthum des Michael W. übergangen war, wieder beseitigt und sich zugeeignet. Michael W. belangte deshalb die Eheleute Robert und Francisca P. auf Zahlung des ihm durch Beseitigung und Zueignung des wilden Weines zugefügten Schadens im Betrage von 80 fl.

Die I. J. hat das Klagebegehren abgewiesen, und zwar aus nachstehenden

Gründen:

Durch die übereinstimmenden Aussagen der Zeugen Wenzel Z., Franz P., Wenzel P. und Theresia S. ist erwiesen, dass der wilde Wein, welcher auf dem zum Hause C.-Nr. 256 in G. gehörigen Gartengrunde Parc.-Nr. 275, und zwar längs der Mauer des Mitteltractes, dem rechtsseitigen Tracte und der Seitenwand des Gartens angepflanzt war, von dem Geklagten Robert P. nach dem Zustandekommen des zwischen ihm und Theresia S. am 29. December 1885 abgeschlossenen Pachtvertrages angepflanzt wurde, und es bleibt nur die eine Frage zu beantworten, ob der wilde Wein als ein Zugehör im Sinne der §§ 294 ff. ABG anzusehen sei. Diese Frage muss verneint werden, da in keiner Richtung die Voraussetzungen des § 294 ABG gegeben sind, indem der fragliche wilde Wein, nur zum vorübergehenden Gebrauche bestimmt, weder als Zuwachs betrachtet, noch als solche Sache angesehen werden kann, ohne welche die Hauptsache nicht zu gebrauchen ist, und in dem vorliegenden Falle umsoweniger behauptet werden kann, dass der wilde Wein von dem Ge-

setze oder dem Eigenthümer zum fortdauernden Gebrauche der Hauptsache bestimmt wurde, als die Eigenthümerin Theresia S. den Wein nicht einmal gepflanzt hat. Die Pertinenzqualität einer an sich beweglichen und ohne Beschädigung der Hauptsache leicht entfernbaren Sache bestimmt sich aus der Natur dieser Sache selbst und aus der Beschaffenheit der Hauptsache, je nachdem die Nebensache die Bestimmung hat, zum fortwährenden oder nur zum vorübergehenden Gebrauche zu dienen. Weinpflanzungen, welche wie andere eine Verzierung bildenden Verpflanzungen (Rosensträuche, Oleander etc.) nur eine vorübergehende Bestimmung haben, können daher als Zugehör einer Hauptsache nicht angesehen werden. Es erscheint daher die Abweisung des Klagebegehrens begründet.

Ueber Appellation des Klägers hat die II. J. das U. I. J. abgeändert und die Geklagten nur für den Fall schuldig erkannt, dem Kläger anstatt des ansgesprochenen Entschädigungsbetrages von 80 fl. den auf 44 fl. gemässigten Betrag oder den schätzungsweise zu beschwörenden allfälligen minderen Betrag zu bezahlen, wenn der Kläger den Schätzungseid dahin ablegt, dass er den Schaden, welcher ihm durch die Beseitigung des auf der zum Hause C.-Nr. 256 in G. gehörigen Gartengrundparcelle Nr. 275 angepflanzt gewesenen wilden Wein zugefügt wurde, auf den Betrag von 44 fl. (oder auf einen allfällig minderen Betrag) schätze.

Gründe:

Nach der Actenlage hängt die E. des vorliegenden Rechtsstreites allerdings von der Beantwortung der Frage ab, ob der hier in Frage stehende wilde Wein als ein Zugehör des zum Hause C.-Nr. 256 in G. gehörigen Gartengrundes Parc.-Nr. 275 anzusehen sei. Diese Frage muss jedoch bejaht werden; denn nach § 294 ABG sind die zwei Hauptarten eines Zugehörs theils aus dem Gesetze, theils aus der Bestimmung des Eigenthümers 1. der Zuwachs, und 2. die von dem Eigenthümer mit der Hauptsache zum fortdauernden Gebrauche vereinigte Nebensache, und erklärt das Gesetz den Zuwachs überhaupt für ein Zugehör. Der § 464 ABG bezeichnet als Zuwachs Alles, was aus einer Sache entsteht, oder neu zu derselben kommt, ohne dass es dem Eigenthümer von jemand Anderem übergeben worden ist, unterscheidet den sogenannten inneren und äusseren Zuwachs, je nachdem der Zuwachs „aus einer Sache entsteht", oder „neu zu derselben kommt", und theilt den Zuwachs in einen natürlichen (§§ 405 bis 413), künstlichen (§§ 414 bis 419) und vermischten (§§ 420 bis 422 ABG), je nachdem die Verbindung durch Natur, durch Kunst oder durch beide zugleich herbeigeführt wird. Der hier in Frage stehende wilde Wein wurde nach der Actenlage nach dem Zustandekommen des zwischen Theresia S. einerseits und den Geklagten andererseits am 29. December 1885 abgeschlossenen Pachtvertrages von dem Erstgeklagten aus Eigenem auf dem der Theresia S. gehörigen Gartengrunde Parc.-Nr. 275

angepflanzt, hat Wurzel getrieben, ist sonach eine zu dem Gartengrunde neu hinzugekommene, ohne Uebergabe an den Eigenthumer des Grundes mit letzterem durch den Erstgeklagten in Verbindung gebrachte Sache und als Zuwachs des Gartengrundes im Sinne der §§ 404 und 420 ABG, daher auch als ein Zugehör dieses Grundes anzusehen. Nachdem Kläger mit dem zwischen Theresia S. als Verkäuferin einerseits und dem Kläger als Käufer andererseits abgeschlossenen Kaufvertrage vom 5. November 1889 das Eigenthum des Gartengrundes erworben hat, und der wilde Wein zur Zeit der rechtmässigen Erwerbung des Grundes durch den Kläger und der Uebernahme desselben noch auf dem Gartengrunde angepflanzt war, so ist Kläger auch Eigenthümer dieses wilden Weines geworden (§ 1047 ABG), zumal derselbe im Kaufvertrage nicht ausgenommen wurde, und die Geklagten nicht einmal behaupten, dass Kläger bei Abschluss des Vertrages darauf aufmerksam gemacht wurde, dass die Geklagten den wilden Wein angepflanzt und die Beseitigung desselben sich vorbehalten haben. Er durfte als Zugehör des Gartengrundes ohne Bewilligung des Klägers nicht entfernt werden, und die Geklagten waren weder vermöge ihres Bestandverhältnisses, noch mit Berufung auf die von dem Erstgeklagten bewirkte Anpflanzung desselben und die dabei aufgewendeten Kosten berechtigt, denselben eigenmächtig zu beseitigen. Die von dem Geklagten zugegebene, nach der Erwerbung des Eigenthumes des Gartengrundes durch den Kläger vorgenommene Beseitigung des wilden Weines stellt sich sonach als eine widerrechtliche Handlung dar, welche den Kläger nach den §§ 1295, 1323 und 1332 ABG berechtigt, von den Geklagten Ersatz des ihm hierdurch zugefügten Schadens zu begehren. Eine Zurückversetzung in den vorigen Stand im Sinne des § 1323 ABG erscheint hier der Natur der Sache nach unthunlich. Der durchgeführte Sachverständigenbeweis ergibt eine ganz verlässliche Bewerthung des wilden Weines nicht, das Ergebniss dieser Beweisaufnahme begründet aber die Annahme, dass der Kläger seinen Schaden zu hoch schätzt. Es war deshalb der von dem Kläger angesprochene Schadenbetrag von 80 fl. gemäss § 216 AGO auf 44 fl. zu mässigen, Kläger zur schätzungsweisen Beschwörung des gemässigten Schadenbetrages zuzulassen, ihm nur der schätzungsweise beschworene Betrag zuzuerkennen, und so in Stattgebung der Appellation des Klägers das U. I. J. abzuändern.

Ueber die Revisionsbeschwerde der Geklagten hat der OGH das U. II. J. zu bestätigen befunden, weil der in Frage stehende wilde Wein zur Zeit der Erwerbung des Grundes durch den Kläger und der Uebergabe an denselben noch auf dem Gartengrunde angepflanzt war, und die Geklagten nicht behaupten, dass bei der Uebergabe der Realität die Wegnahme des wilden Weines vorbehalten wurde, wie denn auch der vorliegende Kaufvertrag keine diesbezügliche Bestimmung enthält, weil sonach dieser wilde Wein Eigenthum des Klägers war, und demgemäss die Ge-

klagten für die eigenmächtige Entfernung desselben verantwortlich sind, und weil dem Umstande, dass die Sachverständigen nicht in der Lage waren, den mehrgedachten wilden Wein ganz verlässlich zu bewerthen, dadurch Rechnung getragen wurde, dass dem Kläger der von ihm in Anspruch genommene Ersatz nur gegen schätzungsweise Beschwörung seines Schadens zuerkannt wurde.

2534.

Die Frist zum Recurse gegen die gerichtliche Bestimmung der Gebühr des Gerichtscommissärs für die Vornahme einer executiven Mobiliarfeilbietung beträgt 14 Tage.

E. v. 12. Jänner 1892, Z. 142. — (NZ 9 ex 92, Seite 60.)
I. HG Wien.
II. OLG Wien.

In der wechselrechtlichen Executionssache des A contra B pcto. 230 fl. c. s. c. wurden von der I. J. die mit zusammen 43 fl. 26 kr. angesprochenen Gebühren des Notars Dr. N für die Vornahme einer executiven Mobiliarfeilbietung mit 22 fl. 10 kr. bestimmt.

Gegen diesen B. überreichte am elften Tage nach der Zustellung Notar Dr. N den Recurs, welchen die II. J. als verspätet überreicht, verwarf, „weil im Handelsrechtssachen im Geiste des § 9 des Patents vom 9. April 1782, JGS Nr. 41, Recurse innerhalb acht Tagen nach Zustellung der in Beschwerde zu ziehenden B. anzubringen seien."

Wider diese E. ergriff Notar Dr. N den Revisionsrecurs.

In dem letzteren wurde ausgeführt, dass der § 9 des Patents vom 9. April 1782 lediglich auf die Rechtsmittel der Appellation, Revision und Nichtigkeitsbeschwerde, nicht aber auch auf Recurse Anwendung finde; dass ferner, selbst wenn im Verfahren vor dem Handelsgerichten auf Grund des citirten Gesetzes per analogiam die achtägige Frist auch für Recurse Geltung haben sollte, die kürzeren Fristen von acht, beziehungsweise drei Tagen im Verfahren vor den Handelsgerichten rücksichtlich in Wechselstreitigkeiten doch immer nur zwischen den Parteien des bezüglichen begünstigten Verfahrens, das ist in dem vorliegenden Falle zwischen dem Executionsführer und dem Executen, nicht aber für dritte ausserhalb dieses Streitverhältnisses stehende Personen, Anwendung zu finden haben, dass endlich die Verhandlung wegen der Bestimmung der Gerichtscommissionsgebühren als eine gemeinsame Angelegenheit aller Pfandgläubiger, welche wegen ihrer Forderungen nicht nur bei dem HG, sondern auch bei anderen Gerichten Pfandrechte erworben haben und daher möglicherweise an dem begünstigten Verfahren gar nicht betheiligt sein können, zu betrachten sei, dass es sich sonach in dem gegenwärtigen Falle nicht um die Anwendung einer Specialnorm eines begün-

stigten Verfahrens handeln, sondern lediglich die allgemeine Norm der GO massgebend seine könne, der fragliche Recurs daher als rechtzeitig, weil innerhalb der ordentlichen vierzehntägigen Frist des § 267 AGO überreicht anzusehen sei.

Diesem Revisionsrecurse wurde vom OGH Folge gegeben, die in Beschwerde gezogene oberlandesgerichtliche E. aufgehoben und der II. J. aufgetragen, mit Abstandnahme von dem Abweisungsgrunde der Verspätung mit der meritorischen E. über den Recurs des Notars Dr. N wider den B. der I. J. vorzugehen, „denn nachdem es sich im vorliegenden Falle um einen in Gemässheit des § 28 des Gebührentarifes (2) zur NO vom 21. Mai 1855, RGB Nr. 94 (Art. II der Einführungsverordnung zur NO vom 25. Juli 1871, RGB Nr. 75) angebrachten Recurs handelt, für die Anbringung eines derartigen Recurses aber eine besondere kürzere Frist nicht festgesetzt ist, kommt den Betheiligten bei derartigen Recursen die allgemeine vierzehntägige Recursfrist, sei es nach § 267 AGO, sei es nach § 11, Abs. 1 des kais. Pat. vom 9. August 1854, RGB Nr. 208, zu statten und kann es hierbei keinen Unterschied machen, dass die in Rede stehende Mobiliarfeilbietung in einer Wechselrechtssache vorgenommen wurde, nachdem die kürzere Recursfrist des § 12 lit. d. der JMV vom 25. Jänner 1850, RGB Nr. 52, nur auf die von den Streittheilen selbst in ihrer Rechts- rücksichtlich Executionssache angebrachten Recurse Anwendung findet. Da sonach der vom Notar Dr. N eingebrachte Recurs gegen die erstrichterliche Bestimmung seiner Gebühren als Gerichtscommissär sich als rechtzeitig darstellt, war unter Aufhebung der oberlandesgerichtlichen, diesen Recurs als verspätet abweisenden E. die Annahme und meritorische E. dieses Recurses zu verordnen."

2535.

Die Anmerkung der Klage auf Eigenthumsanerkennung und Uebergabe einer für den Cedenten des Klägers intabulirten Realität wider einen Dritten ist unstatthaft.

E. v. 12. Jänner 1892, Z. 161. — (Praw. 14 ex 92, Seite 108.)
I. LG Krakau.
II. OLG Krakau.

A hat als Erbe der C wider den B die Klage auf Anerkennung des Eigenthumsrechtes zu $^{6}/_{18}$ Antheilen des Gutes X und Uebergabe derselben in Besitz und Genuss eingebracht und gleichzeitig um Anmerkung dieser Klage auf dem Eigenthumsblatte dieses Gutes gebeten.

Die I. J. wies das Einschreiten um besagte Klagsamerkung ab, weil die C noch als Eigenthümerin jener $^{6}/_{18}$ Antheile des Gutes X, welche den Streitgegenstand darstellen, intabulirt ist, mithin die begehrte An-

merkung die laut § 20 cit. b GG mit ihr verknüpften Rechtsfolgen nicht erzielen würde.

Ueber Recurs des A hat die II. J. die Klagsanmerkung, als in den §§ 20 lit. b und 21 GG begründet, bewilligt.

Dem Revisionsrecurse des B stattgebend, hat jedoch der OGH die E. I. J. wieder hergestellt, weil die Anmerkung auf dem Eigenthumsblatte von $^{6}/_{18}$ Antheilen des noch immer für die Cedentin des Klägers, C, vorgeschriebenen Gutes X den intendirten rechtlichen Zweck nicht erzielen würde, welcher darin gipfelt, dem Processgegner die uneingeschränkte Verfügung mit der seitens des Klägers angesprochenen Liegenschaft zu inhibiren. Was aber die übrigen, allerdings auf den Namen des B intabulirten $^{12}/_{18}$ Antheile desselben Gutes anbelangt, so liegen diesbezüglich die Erfordernisse der Klagsanmerkung (§§ 61 bis 72 GG) nicht vor, nachdem der Kläger weder die Wiederherstellung des vorigen bücherlichen Standes betreffs dieser Antheile (§ 16 cit.), noch die Löschung einer Hypothekarforderung aus dem Grunde der Verjährung derselben (§ 69 cit.) oder aber die Zuerkennung eines dinglichen Rechtes in Folge der Ersitzung (§ 71 cit.) begehrt.

2536.

Die Nachlassabhandlung ist während des seitens der gesetzlichen Erben wegen Pflichttheilsverletzung angestrengten Rechtsstreites zu sistiren. (§ 127 Abh. Pat.)

Cassations-E. v. 12. Jänner 1892, Z. 215. — (Praw. 34 ex 92, Seite 269.)
I. st.-del. BG Rzeszow.
II. OLG Krakau.

Dem a. o. Revisionsrecurse der gesetzlichen Erben Sofia und Margaretha A gegen das von beiden Unter-Instanzen gleichlautend ergangene Einantwortungsdecret nach Valentin A stattgebend, erkannte der OGH, es sei das betreffende Abhandlungsverfahren bis zur rechtskräftigen E. des mittelst Klage de präs. 24. October 1889 eingeleiteten Erbrechtsstreites zu sistiren.

Gründe:

Obwohl der Erblasser sechs eheleibliche Kinder hinterliess, hat er dennoch in seinem Testamente ddto. 27. August 1886 blos seine drei jüngsten Kinder, Johann, Marianne und Aniela zu Universalerben seines ganzen Nachlasses, unter Anderem auch der Grundwirthschaft X, eingesetzt, dagegen den ältesten zwei Töchtern, Sofia und Margaretha, blos Legate zu je 100 fl., der dritten jedoch, Katharina A, gar nichts verschrieben, worauf sich die Testamentserben auf Grund des letzten Willens, die gesetzlichen Erben auf Grund des Gesetzes erbserklärten, und sohin

die letzteren im Sinne der § 125 und 126 Abh. Pat. auf den Rechtsweg wider Jene gewiesen wurden. Sie haben ihn auch mittelst der citirten Klage thatsächlich betreten, und ist derselbe noch im Zuge, weshalb die beiden E. der Unter-Instanzen (beziehungsweise die Schöpfung des Einantwortungs-Decretes), als wider den ausdrücklichen Wortlaut des § 127 cit. erflossen, in Gemässheit des § 16 cit. behoben werden mussten. Die Motivirung des Oberrichters, dass die erwähnte Klage der Einantwortung deshalb nicht im Wege stehe, weil hierin das Testament des Erblassers nicht aus dem Titel der Ungiltigkeit desselben, sondern aus jenem der Verletzung des Pflichttheiles angefochten wird, entspricht nicht dem rechtlichen Thatbestande, wenn erwogen wird, dass nach dem Inhalte der beiderseitigen Erbserklärungen die testamentarischen Erben das ausschliessliche Erbrecht zum ganzen Nachlasse beanspruchen, dieser Anspruch jedoch von den gesetzlichen Erben nicht nur nicht anerkannt, sondern mit Berufung auf die ihnen blos als Notherben gebührenden Erbtheile bestritten worden ist, mithin ein thatsächlicher Widerspruch zwischen beiden Erbserklärungen besteht, weshalb vor rechtskräftiger Austragung dieses Rechtsstreites in Berücksichtigung des § 127 Abh. Pat. zur Einantwortung des Nachlasses nicht geschritten werden durfte.

2537.

Der Erfolglassung des zur Abwendung der im Grunde eines wechselrechtlichen Zahlungsauftrages geführten Execution zur Sicherstellung erlegten Betrages steht, wenn der Zahlungsauftrag in höchster Instanz aufgehoben wurde, die Anhängigmachung eines Restitutionsstreites von Seite des Klägers nicht entgegen.

E. v. 12. Jänner 1892, Z. 360. — (GH 17 ex 92, Seite 147.)

Im Wechselprocesse des A gegen B wegen Zahlung einer Wechselsumme per 12.000 fl. hat B behufs Abwendung der von A geführten Execution zur Sicherstellung Sparcassebücher im Betrage von 13.600 fl. gerichtlich erlegt. Da die Zahlungsauflage vom OGH aufgehoben und die Klage abgewiesen wurde, begehrte der CMV der Verlassenschaft nach B die executive Erfolglassung des Depositums, welche von der I. J. bewilligt, von der II. J. als verfrüht abgewiesen wurde, weil, wenn auch die Klage des A unbedingt abgewiesen wurde, dieselbe doch mit Rücksicht auf den vom A wegen schlechter Vertretung und neuer Behelfe geführten Restitutionsprocess gemäss § 24 W.-Verf. noch nicht entgiltig entschieden wurde und der Geklagte ungeachtet der Hofd. vom 25. August 1783, JGS Nr. 179 f, dann vom 14. November 1785, JGS Nr. 495, und vom 1. December 1788, JGS Nr. 925, auf Rückstellung des zur Sicherstellung erlegten Betrages noch nicht dringen könne.

Der OGH hat den erstgerichtlichen B. wieder hergestellt in der Erwägung, dass der Betrag von B zur Abwendung der von A im Grunde des wechselrechtlichen Zahlungsauftrages geführten Execution zur Sicherstellung deponirt wurde, der Zahlungsauftrag aber mit oberstgerichtlichem U. aufgehoben wurde, daher die Berechtigung des A, Sicherstellung zu fordern, entfallen ist, und der Ausfolgung des deponirten Betrages der Restitutionsstreit des A nach dem Hofd. vom 25. August 1783, JGS Nr. 179 eit. f und vom 14. November 1785, JGS Nr. 495, nicht entgegensteht, zumal kein Gesetz besteht, welches dem Restituenten ein Recht auf Sicherstellung einräumt.

2538.

Die 14tägige Frist zur Anbringung des Begehrens um Einsetzung in den vorigen Stand wegen mangelhafter Vertretung ist nicht von dem Tage, an welchem die verkürzte Partei das Verschulden ihres Rechtsfreundes erfahren zu haben behauptet, sondern von jenem Tage an zu rechnen, an welchem das Urtheil der Partei kundgemacht, d. h. bekannt geworden ist.

Die Erheblichkeit neu anzubringender Umstände und Beweismittel ist schon im Restitutionsstreite zu untersuchen.

E. v. 12. Jänner 1892, Z. 260. — (GH 21 ex 92, Seite 181.)

I. HG Prag.
II. OLG Prag.

Die von A gegen die CM der Firma B eingebrachte Klage auf Wiedereinsetzung wegen mangelhafter Vertretung in dem entschiedenen Rechtsstritte pcto. 6309 fl. durch den Rechtsfreund der Klägerin Dr. S, dann zum Zwecke der Anbringung des neu aufgefundenen Behelfes, dass J. K., Inhaber der Firma B, bei der in der betreffenden Rechtssache abgehaltenen Eidesablegungstagfahrt dem freiwilligen Vertretungsleister des Klägers C, welcher bei dieser Tagfahrt in Vollmacht der Klägerin intervenirte, über sein Befragen in Gegenwart des Dr. N. die Erklärung abgegeben hat, dass er das Uebereinkommen mit dem C im Juli 1884, aber nicht im Juni 1884, abgeschlossen hat, und dass J. K. diese Erklärung gegenüber dem C auch noch ausserdem später wiederholt habe, sowie auch zum Zwecke der Beweisführung über diese Umstände, auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zur Erstattung einer neuen Replik auf die Einrede der CM der Firma B wurde von der I. J. unter Verfällung der Klägerin zum Kostenersatze abgewiesen.

Gründe:

Die vorliegende Restitutionsklage strebt die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in einer doppelten Richtung an:

1. wegen einer Verkürzung, die der Klägerin aus dem Benehmen des von ihr selbst bestellten ehemaligen Vertreters Dr. S., Advocaten in Prag, entstanden sei;

2. wegen des, angeblich nach erfolgtem Spruche, in der Form eines aussergerichtlichen Geständnisses, welches der Cridatar J. K. am 6. Februar 1890 bei der beim HG in Wien angeordneten Eidestagfahrt abgegeben und später dem C gegenüber, als freiwilligen Vertretungsleister der Klägerin wiederholt hat — aufgefundenen Beweismittels, das die Klägerin vorhin nicht wissen oder nicht finden konnte, und wird die ad 1) angeführte Verkürzung durch den Rechtsfreund abermals, als in zweifacher Richtung erfolgt, geltend gemacht, indem Dr. S. a) entgegen dem sub E ad Nr. R. I. vorgelegten Replikconcepte in der bei Gericht überreichten Replik irrthümlich den Monat Juni 1884, statt richtig „Juli" 1884, als den Zeitpunkt der Vereinbarung bezeichnet hatte, dergemäss von der geklagten Firma der restliche Melassenvorrath längstens bis Ende August 1884 zu übernehmen war, wodurch das Eidesthema in dem zwischen den Parteien abgeführten Rechtsstritte bezüglich des als entscheidend zugelassenen Eides zum Nachtheile der Klägerin textirt wurde; b) entgegen der ihm ertheilten Information, mehrfache Anführungen und ihm bekanntgegebene Beweismittel bei der Processführung gar nicht geltend machte, wodurch möglicherweise der urtheilsmässig zugelassene Eid zu Gunsten der Klägerin entbehrlich geworden wäre.

Wird nun aber erwogen, dass die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen neu aufgefundener Behelfe schon ihrem Begriff nach, nur solche Beweismittel zur Voraussetzung hat, welche zur Zeit der Inrotulirung des Hauptprocesses schon bestanden haben, und welche der Restitutionswerber lediglich damals nicht wissen oder nicht finden konnte, da die Auffindung nothwendigerweise etwas bereits Existentes, nicht etwas Zukünftiges voraussetzt, das in Frage stehende Beweismittel aber erst nach längst entschiedener Streitsache existent geworden wäre, so ist der ad 2) erwähnte Restitutionsgrund vollständig auszuscheiden, zumal die klägerische Firma auch die im Hofd. vom 30. Oct. 1788, RGB Z. 911, normirte Frist zur Einleitung des Verfahrens im Sinne des § 231 AGO fruchtlos verstreichen liess und beschränkt sich der vorliegende Stritt auf die Restitution wegen schlechter Vertretung des Rechtsfreundes.

Aber auch diese kann bei der mit Grund eingewendeten Verspätung dieses Restitutionsanbringens nicht mehr mit Erfolg geltend gemacht werden, denn: gemäss Hofd. vom 19. December 1801, JGS Z. 545, ist die 14tägige Frist zu diesem Ansuchen von jenem Tage an zu rechnen, an welchem der verkürzten Partei das U. kundgemacht worden ist.

Diesen Tag gibt die Klägerin gar nicht an, beschränkt sich lediglich auf die Widersprüche der von der Geklagten aus dem Inhalte des Amtszeugnisses des HG vom 14. April 1890, Einredebeilage Nr. 2 ad Nr. R. II.

abgeleiteten Datum und berechnet die Restitutionsfrist erst von dem Tage, an welchem die Klägerin von der schlechten Vertretung durch ihren Rechtsfreund Kenntniss erlangt hat, woran sich in der Replik das Geständniss schliesst, dass die Klägerin die Zeitangabe „Juni“ in dem ihr bekannt gegebenen U. gänzlich übersehen hat und die Unrichtigkeit dieser Zeitangabe erst bei der Eidesablegungstagfahrt vom 6. Februar 1890 von dem klägerischen freiwilligen Vertretungsleister C wahrgenommen worden sei.

Hieraus folgt aber mit Rechtsnothwendigkeit, dass die Klägerin bereits vor dem 20. Februar 1890 in der Kenntniss des U. war, und die erst am 18. März 1890 überreichte Restitutionsklage verspätet angebracht ist, zumal es nicht angeht, entgegen der gesetzlichen Bestimmung, die Frist von dem Zeitpunkte zu rechnen, an welchem der Partei die Verkürzung durch den Rechtsfreund bekannt geworden ist, wie sie das Gesetz, als Ausnahmebestimmung im Pat. vom 1. Juli 1790, JGS Z. 31, für den Fall der Wiedereinsetzung wegen einer verstrichenen Fallfrist festsetzt, da eine Analogie im formalen Rechte umsomehr ausgeschlossen ist, wenn positive Bestimmungen getroffen sind, wie es bei allen Arten der Restitution der Fall ist und in dieser Beziehung bei jeder Art der Restitution über die Frist der Geltendmachung besondere Normen bestehen. Es war daher die Sachfälligkeit der Klägerin auszusprechen.

Ueber Appellation der Klägerin hat die II. J. das U. I. J. bestätigt.

Gründe:

Die Appellationsausführungen der Klägerin sind nicht geeignet, eine der Klägerin günstigere E. in diesem Stritte herbeizuführen. Dass die vorliegende Restitutionsklage wegen schlechter rechtsfreundlicher Vertretung in beiden Richtungen, sowohl bezüglich des Zeitpunktes, wann die letzte Uebereinkunft über die Frist zur Abnahme der Melasse stattgefunden hat, dass dies nämlich nicht im Juni, sondern im Juli 1884 geschehen ist, als auch bezüglich derdiese Uebereinkunft begleitenden Umstände, welche nach der Ansicht der Klägerin das Erkenntniss auf den Haupteid über diese Uebereinkunft entbehrlich machen sollten, mit Rücksicht auf die Vorschrift des Hofd. vom 19. December 1801, JGS Nr. 545, verspätet ist, geht klar aus dem Umstande hervor, dass die Klägerin schon vor dem 6. Februar 1890 von dem Inhalte der in der Hauptsache ergangenen U. aller drei Instanzen gewusst haben muss, dass sie zu der bei dem HG in Wien auf den 6. Februar 1890 angeordneten Eidesablegungstagfahrt ihren freiwilligen Vertretungsleister und Director C nach Wien entsendet hat, und von dieser Zeit bis zum Tage der Ueberreichung der Restitutionsklage, d. i. bis 18. März 1890, offenbar mehr als 14 Tage verflossen sind.

Eine derartige Auslegung der Bestimmungen jenes citirten Hofdecretes, wie sie die Klägerin entwickelt und welche dahin geht, dass

die Restitutionsklage in 14 Tagen erst von dem Zeitpunkte an, wo die Klägerin die ihr durch die Vertretung des Rechtsfreundes zugefügte Verkürzung in Erfahrung gebracht, beziehungsweise wahrgenommen hatte, einzubringen sei, stünde mit dem Wortlaute und dem Sinne jenes Hofdecretes geradezu im Widerspruche, da ja dann die Frist zur Ueberreichung der Klage je nach dem Grade der Aufmerksamkeit, Umsicht und Rührigkeit des Restitutionswerbers kürzer oder länger ausfallen müsste, was doch die Gesetzgebung durchaus nicht im Sinne hatte und auch nicht angeordnet hat, da ja jenes Hofdecret vorschreibt, dass die zu einer solchen Restitutionsklage bestimmte Frist von 14 Tagen von jenem Tage an zu rechnen sei, an welchem der verkürzten Partei die Verordnung oder das U. kundgemacht worden ist.

Was nun die Wiedereinsetzung wegen neu aufgefundener Behelfe anbelangt, so ist diese, abgesehen davon, dass das aussergerichtliche Geständniss des J. K., welches dieser neue Behelf sein soll, erst später, wie der Process bereits rechtskräftig entschieden war, stattgefunden haben soll, dass daher dieses Beweismittel zur Zeit der Inrotulirung der Acten des Hauptprocesses noch gar nicht existent war und abgesehen von der Vorschrift des § 231 AGO, die hier keine Anwendung finden könnte, deshalb nicht zulässig, weil aus der eidlichen Aussage des klägerischen Gewährmannes C gar nicht hervorgeht dass J. K. bei der Eidesablegungstagfahrt am 6. Februar 1890 eingestanden hätte, dass zwischen ihm und dem C im Juli 1884 eine Vereinbarung getroffen worden wäre, der gemäss die Melasse längstens Ende August 1884 abzunehmen war, da ja der genannte Zeuge selbst zugibt, dass J. K. das Wort längstens (neydéle) bestritten hat, die damalige Unterredung beider Genannten somit, da das Wort neydéle allein entscheidend ist, für den Hauptstritt unerheblich und unentscheidend wäre.

Die von der Klägerin eingebrachte a. o. Revisionsbeschwerde hat der OGH zurückgewiesen.

Gründe:

Die 14tägige Frist zur Anbringung des Begehrens um Einsetzung in den vorigen Stand wegen mangelhafter Vertretung ist nicht von dem Tage, an welchem die verkürzte Partei das Verschulden ihres Rechtsfreundes erfahren zu haben behauptet, sondern nach dem Wortlaute und Sinne des Hofd. vom 19. December 1801, JGS Nr. 515, von jenem Tage an zu rechnen, an welchem das U., durch welches sich die Partei für verkürzt hält, der Letzteren kundgemacht wurde, d. i. bekannt geworden ist, wodurch sie in die Lage versetzt wurde, sich von dem allfälligen Verschulden ihres Rechtsfreundes die Ueberzeugung zu verschaffen.

Im vorliegenden Falle war der Klägerin, wie sich aus ihren eigenen Angaben ergibt, der Inhalt des U., durch welches sie sich für verkürzt hält,

nämlich des in letzter Instanz ergangenen U. jedenfalls früher, als 14 Tage vor der am 18. März 1890 überreichten Restitutionsklage bekannt. Es war ihre Sache und ihr auch möglich, sofort nach erlangter Kenntniss von diesem U. nach der Ursache der unrichtigen Zeitangabe in dieser Eidesformel zu forschen, und im Falle der Wahrnehmung eines Verschuldens an Seite ihres früheren Rechtsfreundes ihr Wiedereinsetzungs-Begehren rechtzeitig anzubringen; in keinem Falle aber durfte sie die Tagfahrt vom 4. März 1890 erst abwarten.

Belangend das Begehren um Einsetzung in den vorigen Stand wegen neu aufgefundener Behelfe, so ist es zwar richtig, dass das Gesetz im § 372, Abs. b AGO, nicht unterscheidet, ob das Beweismittel, von welchem Gebrauch gemacht werden will, bereits zur Zeit des Vorprocesses existirte oder nicht und dass bei Erledigung des Wiedereinsetzungs-Begehrens sich in eine Prüfung des Ergebnisses der etwa schon im Restitutionsverfahren erfolgten, jedoch für den restituirten Process bestimmten Beweisführung nicht einzulassen ist; allein die Erheblichkeit der neu anzubringenden Umstände und Beweismittel in der Richtung, ob dieselben überhaupt geeignet wären, eine für den Restitutionswerber günstigere E. herbeizuführen, ist schon im Restitutionsstreite zu untersuchen.

In dieser Beziehung kann dem von der Klägerin behaupteten aussergerichtlichen Geständnisse des Cridatars J. K. selbst, wenn dasselbe erwiesen würde, eine Beweiskraft gegenüber der geklagten CM, welche mit dem Cridatar nicht zu identificiren ist, nach § 110 AGO überhaupt nicht beigelegt werden, weshalb diesem erst später hervorgekommenen Beweismittel die Erheblichkeit abgeht.

2539.

Der Nichterlag des zur Aufnahme eines Sachbefundes abgeforderten Kostenvorschusses hat die Präclusion dieses Beweismittels, jedoch keine Entscheidung in der Hauptsache zur Folge.

E. v. 12. Jänner 1892, Z. 402. — (GH 22 ex 92, Seite 190.)

I. BG Smichow.
II. OLG Prag.

In der mündlich verhandelten Rechtssache des A gegen B wegen Ungiltigkeitserklärung von Urkunden hat das BG in Smichow die Sachverständigen zur Durchführung des mit dem Beiurtheile vom 25. Mai 1891, Z. 12921, zugelassenen Beweises durch Sachverständige bestellt und dem Beweisführer A aufgetragen, in Gemässheit des § 193 AGO zur Bestreitung der mit der Beweisaufnahme verbundenen Kosten einen Vorschuss von 100 fl. zu erlegen, widrigens die Tagfahrt zur Aufnahme dieses Beweises nicht angeordnet werden würde.

Dem Recurse des B gegen diesen B., insofern mit demselben dem A lediglich aufgetragen wurde, zur Bestreitung der mit der Beweisaufnahme verbundenen Kosten einen Vorschuss von 100 fl. zu Gericht zu erlegen, widrigens die Tagfahrt zur Aufnahme dieses Beweises nicht angeordnet werden würde, hat das OLG in Prag mit E. vom 1. October 1891, Z. 23849, stattgegeben und den angefochtenen B. dahin abgeändert, beziehungsweise ergänzt, dass dem Beweisführer A aufgetragen wird, er habe den erstrichterlich bestimmten Kostenvorschuss so gewiss binnen 14 Tagen zu Gericht zu erlegen, widrigenfalls er auf Antrag des Gegentheiles von der Führung des zugelassenen Beweises präcludirt und ohne Rücksicht auf diesen Beweis in der Hauptsache erkannt werden würde; in der Erwägung, dass das Gericht, sobald es einen Auftrag erlässt, über dessen Vollziehung nach § 175 Gerichtsinstruction zu wachen, daher der Partei zu dessen Befolgung eine Frist festzusetzen hat, und weil daher im gegenwärtigen Falle dem Beweisführer zum Erlage des Kostenvorschusses eine angemessene Frist zu bestimmen, zugleich aber für den Fall, dass dem Auftrage nicht entsprochen werden sollte, auszusprechen war, welche Rechtsfolge in diesem Falle einzutreten habe, da es nicht in das Belieben des Beweisführers gestellt werden kann, die E. des Processes durch Nichterlegung des Kostenvorschusses aufzuhalten. Da dies unterlassen wurde, war auf Recurs des Geklagten B., welcher auch ein Interesse an der Beendigung des Rechtsstreites hat, der erstrichterliche B. in dem bezeichneten Sinne abzuändern, beziehungsweise durch Festsetzung der Frist, binnen welcher der Kostenvorschuss zu erlegen ist, zu ergänzen und unter einem die der Sachlage entsprechende Sanction für den Fall des Nichterlages des Vorschusses auszusprechen.

Den Revisionsrecurs des A, soweit derselbe gegen die Bestimmung einer Frist zum Erlage des Kostenvorschusses gerichtet ist, hat der OGH abzuweisen, dagegen demselben in seiner Richtung gegen die vom OLG für den Fall des Nichterlages des Kostenvorschusses binnen der hiezu bestimmten Frist angesprochene Sanction stattzugeben und diesbezüglich in theilweiser Abänderung der E. des OLG den B. der I. J. wieder herzustellen befunden, weil die Bestimmung einer Frist zum Erlage des Kostenvorschusses in der Anordnung des § 193 AGO, wonach der Richter den Vorschuss erforderlichenfalls beizutreiben hat, ihre gesetzliche Begründung findet, andererseits jedoch nach der eben bezogenen Gesetzesstelle der Nichterlag des abgeforderten Kostenvorschusses innerhalb der bestimmten Frist nur die Aufnahme des Sachverständigenbeweises hindert, eine andere Sanction in dieser Gesetzesstelle nicht ausgesprochen ist, daher bei Abforderung des Kostenvorschusses auch nicht ausgesprochen werden kann.

2540.

Die Aufnahme der Zusätze „Confection, Magazin, Metropole" in eine registrirte Herren- und Knabenkleiderfirma ist unzulässig.

E. v. 13. Jänner 1892, Z. 25. — (GH 17 ex 92, Seite 145.)

Das HG hat dem Gesuche des Arnold R. um Eintragung seiner Firma „Herren- und Knabenkleider-Confection-Magazin-Metropole Arnold R." keine Folge gegeben, weil gegen die Aufnahme des Wortes „Confection", sodann der Wörter „Magazin, Metropole" in der Firma vom gesetzlichen Standpunkte Anstände obwalten, da Arnold R. von der Gewerbebehörde blos die Berechtigung zum Handel mit fertigen Kleidern erlangt hat und das Wort „Confection" auch das Schneidergewerbe umfasst, zu welchem Arnold R. nicht berechtigt ist, da ferner der Beisatz „Magazin, Metropole", insolange nicht nachgewiesen ist, dass er den thatsächlichen Verhältnissen entspricht, unzulässig ist, was sich auch aus dem Art. 16 HGB im Zusammenhalt mit den §§ 44 und 46—49 GO ergibt, nach welchen unrichtige und gesuchte Bezeichnungen vermieden werden müssen und nur äussere Bezeichnungen gestattet werden, welche den thatsächlichen Verhältnissen entsprechen. Das OLG und der OGH wiesen den dagegen eingebrachten Recurs und a. o. Revisionsrecurs zurück.

2541.

In der Transportirung der Waare vom Bahnhofe in des Adressaten eigene Verwahrung liegt eine Genehmigung des Verkaufsantrages selbst bei vorangegangener Dispositionsstellung.

E. v. 13. Jänner 1892, Z. 176. — (GH 19 ex 92, Seite 160.)

I. KG Budweis.
II. OLG. Prag.

Adolf N. in Budweis hat mittelst Schreiben vom 27. Mai 1891 bei Rudolf W. in Weitra angefragt, ob derselbe bereit wäre, zwei Sorten Kornmehl und zwar Nr. 1 à 11·75 fl. und Nr. 2 à 11·25 fl. zu mischen, diese Mischung mit 11 fl. per 100 Kilo zu berechnen; Adolf N. würde dann 20—30 Sack davon bestellen. Rudolf W. hat nun dem Adolf N. 30 Sack des angefragten Mehles zugesandt und dasselbe mit 11·25 fl. per 100 Kilo facturirt. Adolf N. hat sofort nach Erhalt der Factura und zwar am 2. Juni 1891 mit Schreiben von demselben Tage unter Rücksendung der Factura dem Kläger mitgetheilt, dass er das Mehl auf keinen Fall beziehen werde. Diesen Brief hat Rudolf W. nicht beantwortet. Weil nun aber Adolf N. doch das Mehl von der Bahn bezog, erblickte Rudolf W. darin die Genehmigung des Kaufes und erklärte dem Adolf N., als dieser ihm mittelst Briefes vom 10. Juni 1891 den Antrag stellte, die

Waare bei Gewährung eines Preisnachlasses zu behalten, nun die Waare nicht mehr zurückzunehmen, beansprucht vielmehr von Adolf N. die Zahlung des Betrages per 253·13 fl.

In der Einrede machte der Geklagte geltend, dass kein Kaufvertrag zwischen ihm und dem Kläger zu Stande gekommen war, da er einerseits sofort erklärte, dass er die ihm ohne Auftrag zugesandte Waare nicht beziehen werde, andererseits nicht einmal eine Einigung über den Kaufpreis erzielt worden war, da der Kläger das Mehl mit 11·25 fl. per 100 Kilo berechnete, während der Geklagte dem Kläger blos seine Absicht kundgegeben habe, dieses Mehl mit 11 fl. per 100 Kilo zu kaufen und überdies der Kläger mittelst Briefes vom 28. Mai 1891 zugesagt hatte, das fragliche Mehl mit 11 fl. per 100 Kilo liefern zu wollen. Den Bezug von der Bahn rechtfertigte der Geklagte damit, dass er sich nach Art. 348 HGB zur mittlerweiligen Aufbewahrung der Waare verpflichtet fühlte und weiter duplicando auch damit, dass er nach Art. 323, Abs. 2 und 3 HGB, hiezu verpflichtet war, weil zwischen ihm und dem Kläger eine Geschäftsverbindung bestand.

Das KG als HG in Budweis hat die Klage abgewiesen.

Gründe:

Es ist unbestritten, dass der Kläger ohne Bestellung das Mehl dem Geklagten einsandte; weiter, dass kein Kaufvertrag bezüglich dieses Mehles zwischen ihnen bis zu dem Momente bestand, wo der Geklagte das Mehl von der Bahn bezog. Unbestritten ist schliesslich, dass der Geklagte den ihm durch Einsendung des Mehles gestellten Kaufantrag sofort und ohne Zögern auf's Bestimmteste ausdrücklich ablehnte. Den Bestand einer Geschäftsverbindung bestreitet der Kläger. Jedoch geht aus den Beilagen Nr. 1, 2, 5, 4, Briefen des Klägers an den Geklagten, hervor, dass thatsächlich eine Geschäftsverbindung zwischen ihnen bestand. Die Beilagen Nr. 4 und 5 sind nämlich Rechnungen über Mehlkäufe im Monate April 1891 seitens des Geklagten vom Kläger, erweisen somit, dass Mehlkäufe wiederholt zwischen ihnen stattfanden, woraus sich der Bestand einer Geschäftsverbindung direct ergibt. Im Briefe Nr. 1 bestätigt der Kläger dem Geklagten den Empfang von 203·43 fl. und im Briefe Nr. 2 mahnt ersterer den letzteren um einen Restbetrag per 3·76 fl., woraus erhellt, dass eine Geschäftsverbindung bestanden haben muss. Die Echtheit dieser Urkunden wurde vom Kläger nicht bestritten, daher müssen dieselben nach § 29 S. V. für echt gehalten und muss ihnen nach § 113 AGO wider den Kläger als von ihm herrührend Glauben beigemessen werden. Die Behauptung des Klägers, dass die Briefe Nr. 1 und Nr. 2 sich blos auf das streitige Geschäft beziehen, steht im offenbaren Widerspruche mit dem Inhalte der Briefe selbst, erweist sich somit als vollständig unbegründet und unwahr. Das Klagerecht stützt der Kläger einzig und allein

darauf, dass der Geklagte das Mehl von der Bahn bezogen habe, indem er behauptet, dass in dieser Handlung des Geklagten sich die Genehmigung des Kaufes zu den vom Kläger gestellten Bedingungen offenbare. Allein zu einer solchen Schlussfolgerung war weder der Kläger berechtigt, noch kann in dem Bezuge der Waare von der Bahn die Genehmigung des Kaufes erblickt werden, weil sich in der Abfuhr der Waare von der Bahn keineswegs eine Handlung im Sinne des § 863 ABG manifestirt, welche mit Ueberlegung aller Umstände keinen vernünftigen Grund, an dem Vertragswillen zu zweifeln, übrig liesse. Vielmehr ist die zum Zustandekommen eines Vertrages erforderliche Annahme des Versprechens weder im Voraus noch nachher erfolgt, es wurde ja geradezu vom Geklagten die Annahme des ihm gemachten Antrages ausdrücklich abgelehnt, somit nach § 861 ABG ein Vertrag überhaupt nicht, geschweige den ein Kaufvertrag zu Stande gekommen ist. Ein Kaufvertrag kann gemäss § 1053 ABG nur dann angenommen werden, wenn beide Vertragstheile sowohl über die zu verkaufende Sache, als auch über den Preis, das ist über die bestimmte Summe Geldes einig sind, um welche von dem Verkäufer dem Käufer die Waare überlassen werden soll; eine solche Einigung ist aber im vorliegenden Falle zwischen den Parteien nicht erzielt worden. Die Unzulässigkeit der klägerischen Folgerung ergibt sich auch weiters aus Art. 323, Abs. 2 HGB, welcher bestimmt, dass der Kaufmann, welchem ein Auftrag gegeben wird, wenn zwischen ihm und dem Auftraggeber eine Geschäftsverbindung besteht, auch bei Ablehnung des Auftrages schuldig ist, die mit dem Auftrage übersandten Waaren einstweilen vor Schaden zu bewahren. Dieselben Momente sind nun darin gelegen, wenn Waaren mit einem Antrage einem in Geschäftsverbindung mit dem Antragsteller stehenden Kaufmanne zugesendet werden, wie es eben im vorliegenden Falle geschah, daher auch hier Art. 323, Abs. 2 HGB, analoge Anwendung finden muss. Der Geklagte war somit verpflichtet, die ihm von dem mit ihm in Geschäftsverbindung stehenden Kläger übersandte Waare einstweilen vor Schaden zu bewahren. Dieser Verpflichtung kam der Geklagte dadurch nach, dass er das Mehl von der Bahn abführte. Hiedurch ist ausgeschlossen, in dieser Handlung eine auf Genehmigung des Kaufes abzielende concludente Handlung zu erblicken. Aus dem bisher Angeführten ergibt sich, dass ein Kaufvertrag rücksichtlich des fraglichen Mehles zwischen Kläger und Geklagten nicht zu Stande gekommen ist, die Zahlung des Kaufpreises aber einen solchen voraussetzt, mithin bei Mangel desselben jeder Rechtsgrund dem Kläger abgeht, den eingeklagten Kaufschilling zu begehren und musste daher das Klagebegehren abgewiesen werden.

Ueber Appellation des Klägers hat das OLG das U. der I. J. abgeändert und den Geklagten zur Bezahlung des eingeklagten Betrages verurtheilt.

Gründe:

Es ist durch die übereinstimmende Angabe beider Theile sichergestellt, dass Kläger, obgleich er dem Geklagten über dessen Anfrage laut Briefes vom 28. Mai 1891 gemischtes Mehl um den Preis von 11 fl. per 100 Kilogramm angeboten, dem letzteren, ohne dessen Bestellung abzuwarten, 30 Sack gemischtes Mehl, welches er mit 11·25 fl. per 100 Kilogramm berechnete, per Bahn eingesendet hat und dass Geklagter mit dem Briefe vom 2. Juni 1891 dem Kläger erklärte, er, Kläger, solle das Mehl zurücknehmen, da er, Geklagter, es auf keinen Fall beziehen werde. Es ist demnach bis dahin ein Kaufvertrag bezüglich dieses Mehles nicht zu Stande gekommen. Trotz dieser Erklärung des Geklagten und trotzdem derselbe zugibt, dass auf einen am 2. Juni in Budweis aufgegebenen Brief die Antwort aus Weitra erst am 4. Juni eintreffen kann, hat Geklagter am 3. Juni 1891, also zu einer Zeit, wo die Antwort des Klägers, welche er angeblich erwartete, noch nicht eingelangt sein konnte, die Fracht der ihm avisirten Waare, wie er gesteht, ausbezahlt, einen Sack Mehl aus der Sendung abholen lassen und besichtigt, und endlich die übrigen Säcke am 5. Juni 1891 durch seinen Spediteur Josef R. sich zuführen lassen. Werden diese Umstände erwogen, so kann nur gefolgert werden, dass Geklagter durch diese concludenten Handlungen zu erkennen gab, dass er nachträglich in den Kauf nach den ihm vom Kläger gestellten Bedingungen und zwar nach vorausgegangener Besichtigung des Mehles, welche sonst keine Erklärung finden würde, eingewilligt und die gekaufte Waare bezogen hat. Durch die Ausbezahlung der Fracht, Uebernahme des Frachtbriefes von der Eisenbahnverwaltung, wodurch er dem Kläger die weitere Disposition rücksichtlich des Mehles entzog, ferner durch die Transferirung des Mehles durch seinen Spediteur in seine Verwahrung nach vorausgegangener Besichtigung der Waare ist Geklagter von seiner Erklärung vom 2. Juni 1892 abgegangen, hat derselbe sein Einverständniss mit dem ihm vom Kläger mitgetheilten Kaufpreise per 11·25 fl. per 100 Kilogramm zu erkennen gegeben und ist der Kaufvertrag zu Stande gekommen. In Folge dessen muss Geklagter diesen Kaufvertrag auch einhalten und geht es nicht mehr an, dass er am 7. Juni 1891 den Kläger um die Verfügung bezüglich des Mehles ersucht und die Vergütung des auflaufenden Lagerzinses fordert, also vom Vertrage abgeht. Es ist demnach für diesen Rechtsstritt gleichgiltig, dass Geklagter, wie er behauptet, das gelieferte Mehl am 16. Juli 1891 um den Preis von 9 fl. per 100 Kilogramm an der Wiener Productenbörse für Rechnung des Klägers verkauft hat, da er zu einer solchen Handlung auf Kosten des Klägers nicht berechtigt war. Ebenso irrelevant ist jedoch der Umstand, dass Kläger das Mehl nach Erhalt des Briefes des Geklagten vom 2. Juni 1891 an Eduard L. verkaufen wollte, denn dies geschah zu einer Zeit, wo er annehmen konnte, dass Geklagter auf der Nichtannahme

des nicht bestellten Mehles beharre und machte Eduard L. übrigens laut Correspondenzkarte vom 7. Juni 1891 seinen Entschluss, den Kauf abzuschliessen, von der Besichtigung der Waare, zu welcher es gar nicht kam, abhängig, und es kann daher aus diesem Umstande der Geklagte keinen Vortheil für sich ableiten. Der Geklagte kann sich zur Vertheidigung seiner Handlungsweise auch nicht bezüglich der Aufbewahrung des Mehles, welches er angeblich beanständet hat, auf die Bestimmung des Art. 348 HGB berufen, weil dieser Artikel einen Kauf voraussetzt und nur dann Anwendung findet, wenn die Waare mangelhaft ist, ein Mangel aber darin nicht erblickt werden kann, dass die Waare überhaupt nicht bestellt war, es kann daher auch von einer Beanständung nicht gesprochen werden. Der Geklagte hätte, wenn er die Waare überhaupt nicht annehmen wollte, dem Gesetze entsprochen, wenn er sich um das Mehl, welches als nicht bestellt er dem Kläger gegenüber nicht annehmen zu wollen erklärte, nicht weiter gekümmert hätte. Ebenso unstatthaft ist die Citirung des Art. 323 HGB, weil dieser Artikel von Aufträgen (Mandaten) handelt, im vorliegenden Falle jedoch ein Antrag des Klägers die Veranlassung des Processes bildet. Da somit der Geklagte durch concludente Handlungen die Kaufvertragsbedingungen angenommen hat und von dem auf diese Art abgeschlossenen Kaufvertrage nicht mehr abgehen konnte, so war über Appellation des Klägers in Abänderung des U. der Geklagte zur Bezahlung des entfallenden Kaufpreises per 253·13 fl. zu verurtheilen.

Ueber die Revisionsbeschwerde des Geklagten hat der OGH die E. II. J. bestätigt.

2542.

Nach der Streiteinlassung kann trotz der bewilligten Wiedereinsetzung gegen die bezügliche Tagfahrt die Klagscaution nicht mehr gefordert werden.

E. v. 13. Jänner 1892, Z. 335. — (Práv. II ex 93, Seite 66.)
I. BG Weisswasser.
II. OLG Prag.

Die in der Summarsache des A gegen B und Genossen pcto. 220 fl. auf den 27. October 1890 anberaumte Tagfahrt versäumte der Vertreter des A, worauf die Belangten die der Anbietung von Beweismitteln entbehrenden Klagebehauptungen in Abrede stellten und um Abweisung der Klage baten. Der später zur Tagfahrt erschienene Vertreter des A ersuchte um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, welche ihm mittelst B. ddto. 20. Februar 1891 bewilligt wurde. Gleichzeitig wurde die Tagfahrt zur Verhandlung in der Sache selbst auf den 31. März 1891 anberaumt, jedoch über einseitiges Ansuchen des A auf den 18. September

1891 erstreckt. Bei dieser begehrte A die Zulassung zur Erstattung der Replik, welchem Begehren die Belangten sich widersetzten und das Begehren stellten, um Auftrag an den A als im Auslande (Hamburg) wohnhaft und im Inlande als sattsam bemittelt nicht bekannt, zum Erlage einer angemessenen Klagscaution. Die I. J. leitete die Verhandlung über die Klagscaution ein, ohne den A zur Erstattung der Replik zuzulassen.

Dem Recurse des A gegen diese E. I. J. gab die II. J. insoferne statt, als das Begehren der Belangten um Erlag der Klagscaution zurückgewiesen wurde, weil die Belangten durch die bei der Tagfahrt vom 27. October 1890 erfolgte Widersprechung der Klagebehauptungen und das Begehren um Contumazerkenntniss sich bereits in den Streit eingelassen (§ 13 AGO) und hiedurch auf das Recht des Begehrens einer Klagscaution in Gemässheit des § 406 AGO verzichtet haben.

Dem Revisionsrecurse der Belangten, in welchem hervorgehoben wurde, dass durch die Bewilligung der Widereinsetzung die Verhandlung vom 27. October 1890 dergestalt behoben wurde, als ob sie überhaupt nie stattgefunden hätte und die Sache in das Stadium nach der Klagseinreichung zurückkehrte, hat der OGH unter Hinweis auf die der Sachlage entsprechende Begründung der II. J. keine Folge gegeben.

2543.

Der Auftrag zur Auszahlung einer Geldsumme, wenngleich als zugesichertes Erbtheil und Heiratsgut, sowie die Annahme desselben bedarf zur Giltigkeit nicht der notariellen Form.

E. v. 19. Jänner 1892, Z. 14673. — (Práv. X ex 92, Seite 335.)

I. BG Raudnitz.

II. OLG Prag.

Die Klage der Eheleute Josef und Marie A rücksichtlich ihres Cessionärs Alois A wider die Eheleute Johann und Marie B, Realitätenbesitzer zu R. auf Zahlung von 1500 fl. s. N. G. wurde in I. J. im Grunde des durchgeführten Executivverfahrens gemäss Hofd. vom 7. Mai 1839, JGS Nr. 358, abgewiesen aus folgenden, den Sachverhalt einschliessenden

Gründen:

Laut der Klagebehauptung haben die Belangten durch die eigenhändige Unterfertigung des Schuldscheines lit. A ddto. B. am 17. Mai 1875 einbekannt, von den Klägern ein baares Darlehen erhalten zu haben. In der Einrede gestand der Erstbelangte die eigenhändige Fertigung des Schuldscheines zu, während die Mitbelangte dieselbe in Abrede stellte, dagegen bestritt jener, dass er gemeinschaftlich mit seiner Frau von den Klägern ein baares Darlehen per 1500 fl. erhalten habe, oder dass sich beide verpflichtet hätten, die Klagssumme rückzuzahlen und mit 8 Per-

cent zu verzinsen, sondern klärte die Entstehung der Klagsbeilage A und die Unterschrift des Erstbelangten unter derselben dahin auf, dass die Mutter des Erstbelangten ihrer Tochter, der Mitklägerin Marie A, ein Heiratsgut versprochen habe, und auf dasselbe einen Betrag von 800 fl. schuldig geblieben sei, woranf der Erstbelangte gutwillig einen Betrag von 200 fl. abgezahlt hat. Im Jahre 1875 kam Marie A zum Erstbelangten mit der Eröffnung, ihr Gatte spreche die Drohung aus, er werde sie sammt ihren Kindern wegjagen, falls sie ihm nicht vom Elternhause das noch ausständige Heiratsgut per 800 fl., welches der Erstkläger sammt den Nebengebühren auf 1500 fl. berechnet habe, mitbringe, wobei sie einen auf 1500 fl. lautenden Schuldschein vorwies und sich beklagte, der Mann habe ihr aufgetragen, falls sie kein Geld bringe, wenigstens den von den Belangten gefertigten Schuldschein zurückzubringen, andernfalls dürfe sie nicht nach Hause kommen. Weiters führen die Belangten an, die damals schon in Jahren sehr vorgerückte kränkliche Mutter des Erstbelangten habe denselben beschworen, seine Schwester keiner üblen Behandlung auszusetzen, sondern den vorgewiesenen Schuldscheinsentwurf zu unterfertigen; er, der Erstbelangte, habe lange widerstanden, allein die Mitklägerin Marie A sei ihm sammt ihren Kindern am Halse geblieben und nicht nach Hause zurückgekehrt, bis er endlich nach langwierigem Drängen sich dahin erklärte, dass er zwar nichts schulde, allein zur Begütigung des Erstklägers diesen Schuldschein unterfertigen werde. Aus diesem seitens der Kläger theils ausdrücklich, theils stillschweigend eingestandenen Sachverhalte geht hervor, dass auf Seite der Belangten der zu jedem Rechtsgeschäfte erforderliche ernstliche Wille mangelte und aus der blossen Unterschrift des Erstbelangten auf besagtem Schuldscheine nicht gefolgert werden kann, er habe sich zur Bezahlung von 1500 fl. verpflichtet. In der Replik werden die Angaben der Belangten betreff des zugesicherten Heiratsgutes dahin berichtigt, dass die Mutter des Erstbelangten darauf 1000 fl., nicht 800 fl. schuldig blieb und letzterer diese zu bezahlen sich verpflichtete, dass ferner der Erstkläger Josef A dem letzteren häufig Geld in's Geschäft, und zwar über 2000 fl. geliehen habe, auf welche Schuld dieser einige hundert Gulden abstattete, in denen angeblich auch die 200 fl. inbegriffen sind, von denen die Belangten erwähnen. In Folge einer hierüber am 23. März 1873 gepflogenen Abrechnung sei kraft eines im Geschäftsbuche des Josef A von Johann B eigenhändig geschriebenen und unterschriebenen Vermerkes constatirt worden, dass Johann B aus diesem Baardarlehen 2050 fl. schulde, welche er bis heute nicht rückgezahlt habe. Das Heiratsgut der Marie A sei in diese Summe nicht eingerechnet worden, und fügen die Kläger bei, die Belangten hätten bei Unterfertigung des Schuldscheines alle Forderungen der Kläger im Wege der Neuerung als Darlehen anerkannt, die Mitbelangte habe zwar die dargeliehenen Summen nicht beempfangt, sie seien

aber von Johann B für's Haus verbraucht worden und jene 1500 fl. seien die Hälfte der verrechneten und von Johann B aus anderen Rechtsgründen schuldigen Summe per 3000 fl. Hiedurch anerkennen die Kläger selbst, dass der eigentliche Sachverhalt nicht derart ist, wie er aus der Klagsbeilage A hervorgeht, dass die Klage nicht auf dem behaupteten Klagsgrunde, sondern auf der Zusicherung des Heiratsgutes und dessen verrechnetem Zugehör beruht. Nach § 1217 ABG ist jedoch die Zusicherung des Heiratsgutes als Ehepact anzusehen, zu dessen Giltigkeit die notarielle Errichtung gefordert wird. Falls daher in der That es auf Wahrheit beruhte, dass Johann B unter Uebernahme der Verpflichtung der Auszahlung des Heiratsgutes an Marie A und deren Gatten Josef A den Schuldschein A unterfertigte, so wäre dies keine giltige und einklagbare Verpflichtung wegen Nichtbeobachtung der gesetzlichen Form. Die Einwendung der Kläger, dass Maria A vor dem Inkrafttreten des Gesetzes vom 25. Juli 1871, RGB Nr. 76, geheiratet hat, greift nicht Platz, weil die Zusicherung laut der Urkunde erst im Jahre 1875 erfolgte. Endlich bemüht sich die Klagsseite, der Klagsforderung durch die Behauptung Geltung zu verschaffen, im besagten Schuldscheine sei eine Neuerung zu Stande gekommen. Eine Neuerung setzt jedoch zufolge § 1376 ABG alte, giltige, auf einem rechtlichen Titel beruhende Forderungen und die Aenderung des Rechtstitels voraus, aber die Kläger haben einen solchen giltigen Titel ihrer Forderung darzuthun unterlassen, während es nicht nöthig war, Darlehen in Darlehen zu noviren. Mag daher auch die Zusicherung des Heiratsgutes mittelst Neuerung in die Zusicherung eines Darlehens novirt worden sein, so ist diese Neuerung als ungiltig anzusehen, weil die Zusicherung des Heiratsgutes eben wegen Abganges der gesetzlichen Form ungiltig war.

Ueber Appellation der Kläger willfahrte die II. J. der Klage wider Johann B unbedingt, wider Marie B jedoch gegen Ablegung des Haupteides dahin, dass die Klagsbeilage A weder durch sie selbst noch mit ihrer Zustimmung durch eine dritte Person unterfertigt wurde, aus nachstehenden

Gründen:

Die Appellation ist begründet, denn falls dargethan wird, dass der Schuldschein A durch die Belangten unterfertigt wurde, liefert er im Sinne der §§ 113 und 114 AGO wider sie den Beweis der Anerkennung, dass sie den Klägern aus geleisteten Baardarlehen 1500 fl. schuldig blieben und sich verpflichteten, diese Schuld binnen 10 Jahren, d. i. bis zum 19. März 1885 abzustatten. In Folge des Geständnisses des Johann B, diesen Schuldschein eigenhändig unterfertigt zu haben, erscheint dieser Thatumstand nach § 107 cit. gegen ihn als erwiesen, dagegen war wider Marie B, welche die Fertigung widersprochen hat, auf den obformulirten

Haupteid zu erkennen. Die Einwendungen der Belangten sind nicht geeignet, die Beweiskraft dieser Urkunde zu erschüttern, insbesondere ist die Einwendung des Johann B, er habe diesen Schuldschein lediglich zufolge einer auf ihn seitens seiner Mutter und seiner Geschwister ausgeübten Pression und über die Androhungen der Marie A unterfertigt, ohne diesfalls irgend eine Verpflichtung übernehmen zu wollen, und enthalte derselbe mithin nur einen Scheinact, ohne Bedeutung, weil ein Motiv, aus welchem einer oder der andere der Mitbelangten die Urkunde im Zustande begründeter oder ungerechter Furcht unterfertigt haben sollte, gar nicht angegeben und ebensowenig behauptet wird, es sei ihnen der Inhalt der Urkunde zur Zeit der Unterfertigung derselben nicht bekannt gewesen.

Ueber Revision der Belangten bestätigte der OGH die E. der II. J.

Gründe:

Da der Schuldschein A mit allen in der AGO vorgeschriebenen Erfordernissen versehen ist, liegt der Klagsseite nicht ob, einen weiteren Beweis über die Richtigkeit des Inhaltes desselben zu führen, wohl aber den diesen Inhalt bestreitenden Belangten, die Nichtzuzählung der Valuta zu erweisen (Patent vom 1. März 1787, JGS Nr. 636). Nun haben zwar die Belangten in der Einrede eingewendet, dass sie weder am Datumstage des Schuldscheines, noch überhaupt irgendwann vor- oder nachher 1500 fl. in Baarem erhielten, haben jedoch keinen Beweis darüber angeboten, vielmehr zuwider der Anordnung des citirten Patentes erklärt, die Beweislast liege diesfalls den Klägern ob. Indessen benehmen die Angaben der Belangten darüber, wie der Schuldschein zu Stande kam, demselben weder die Beweiskraft, noch wird durch dieselben ein Scheingeschäft dargethan, in welcher Richtung der Hinweis auf die Entscheidungsgründe des Oberrichters genügt. Wenn nun die Kläger in Folge der Widersprechung des Inhaltes des Schuldscheines die Nothwendigkeit erkannten, in der Replik aufzuklären, wie die Klagsforderung entstanden sei, und wenn sie diesbezüglich behaupten: 1. es habe Theresia P. im J. 1868 anlässlich der Verheiratung ihrer Tochter Marie mit Josef A dieser Tochter 1000 fl. als Erbtheil und Heiratsgut zugesichert und es sei später bei Abtretung der Schmiede an den Erstbelangten ausbedungen worden, er habe seiner Schwester diesen ihren Erbtheil auszuzahlen und Johann B habe auch dem Josef A die Auszahlung dieses Betrages versprochen; 2. es habe weiters Josef A dem Johann B Geld in sein Geschäft dargeliehen, beide hätten sich hierauf am 20. März 1873 über die Vorschüsse und Rückzahlungen verrechnet, wobei eine Passivpost per 2050 fl. zu Ungunsten des Johann B (aus den Vorschüssen und für ihm verkaufte Kleidungsstücke) resultirte, von Johann B anerkannt und mit 8 Percent zu verzinsen zugesagt wurde; 3. dass endlich die Mitklägerin über Auftrag ihres Mannes im Mai 1875 vom Erstbelangten verlangte, Ordnung zu machen und für die

Schuld eine Sicherheit zu geben, dass sie ihm hierauf für die ihm aus obangeführten Rechtstiteln entstandene Gesammtschuld per 3000 fl. zwei Schuldscheine über je 1500 fl. vorlegte, Johann B sohin den Schuldschein A unterfertigte und die Mitfertigung seiner Gattin besorgte, ferner auch zusagte, den zweiten Schuldschein später zu unterfertigen, dass also auf diese Weise die Schuldforderung aus der unter 1. angeführten Verpflichtung und die Schuld aus dem Kleiderverkaufe in eine Darlehensschuld novirt wurde, so ist dadurch sicherlich der Rechtsgrund der Klage nicht geändert worden; denn nur durch Einverständniss der Parteien kann eine derartige Aenderung des Rechtsgrundes eintreten und dieses Einverständniss trat in Wahrheit dadurch an Tag, dass der Schuldschein auf den bewussten Darlehensbetrag vorgelegt und unterfertigt wurde. Die Einwendung der Belangten, dass es sich im Falle 1 um das Heiratsgut der Marie A handelte und der Erstbelangte diesfalls keine giltige Verpflichtung auf sich nahm, weil kein Notariatsact errichtet wurde, in dieser Beziehung mithin auch keine Novation platzgreifen konnte, beruht auf einer Verkennung des Rechtsverhältnisses des Erstbelangten zur Marie A; es handelt sich nicht um ein Heiratsgut, welches der Erstbelangte ihr auszuzahlen hätte, sondern um Erfüllung des Auftrages, welchen ihm Theresia P. bei Abtretung der Schmiede an ihn ertheilte, wornach er seiner Schwester Marie A und ihrem Gatten 1000 fl. als den seitens der Mutter Theresia J. derselben zugesicherten Erbtheil und als zugesichertes Heiratsgut auszuzahlen hatte (§ 1019 ABG). Damit aber diese durch Annahme dieses Auftrages seitens des Johann B zu Stande gekommene Vereinbarung Giltigkeit erlange, dazu bedurfte es keineswegs eines Notariatsactes, wenngleich diese Vereinbarung. wie die Belangten behaupten, schon nach dem Inslebentreten des Gesetzes vom 25. Juli 1871, RGB Nr. 76, und nicht, wie die Kläger wollen, vor diesem Zeitpunkte abgeschlossen wurde.

2544.

Trotz verspäteter Räumungsklage liegt eine stillschweigende Erneuerung des Bestandvertrages nur dann vor, wenn beide Vertragstheile bezüglich der Erneuerung einverstanden sind.

E. v. 19. Jänner 1892, Z. 264. — (Práv. XVII ex 92, Seite 596.)

I. BG Tetschen a. d. Elbe.
II. OLG Prag.

Die Klage des A wider B auf das Erkenntniss: der Bestandvertrag betreffs der Grundparcelle X sei erloschen und B schuldig, die auf derselben errichteten Gebäude abzutragen und das Grundstück sohin zu übergeben, wies der Erstrichter zurück aus folgenden

Gründen:

In dem vorliegenden Stritte ist die Frage entscheidend, ob der zwischen den Streittheilen betreffs des Grundstückes X auf die Dauer vom 1. Juni 1885 bis Ende Mai 1891 abgeschlossene Bestandvertrag gemäss der §§ 1114 und 1115 ABG dadurch stillschweigend erneuert wurde, dass A innerhalb 14 Tagen nach Ablauf der Bestandzeit wider B keine Räumungsklage eingereicht hat. Diese Frage ist zu bejahen. Denn laut § 1114 ABG genügt es zur stillschweigenden Erneuerung des Bestandvertrages, wenn der Bestandnehmer nach Verlauf der Bestandzeit fortfährt, die Sache weiter zu benützen und der Bestandgeber es dabei bewenden lässt. Ferner ist nach § 22 des Bestandverfahrens der Bestandvertrag nur dann als stillschweigend erneuert anzusehen, wenn binnen 14 Tagen nach Ablauf der Bestandzeit oder bei Verträgen, welche ursprünglich auf kürzere Zeit als auf einen Monat geschlossen wurden, binnen einer der Hälfte der ursprünglich bedungenen Zeit gleichkommenden Frist nach Ablauf des Vertrages weder von dem Bestandgeber eine Klage auf Zurückstellung noch von dem Bestandnehmer auf Zurücknahme des Bestandgegenstandes erhoben wird. Hieraus folgt, dass dieser § 22 cit. den Schlusssatz des 1114 ABG ergänzt und es mithin nicht genügt, dass der Bestandgeber in anderer Weise als mittelst Klage dem Bestandnehmer den Willen zu erkennen gibt, den Bestandvertrag aufzuheben. Da nun A die Klage auf Räumung erst am 19. Juni 1891, daher nach Ablauf der 14tägigen Frist eingereicht hat, ist die Einwendung des B, der Bestandvertrag sei stillschweigend erneuert worden, begründet und war die Klage abzuweisen.

Ueber Appellation des A hat die II. J. der Klage unbedingt stattgegeben, denn B hat gestanden, dass ihm A schon mit dem Schreiben, ddto. 30. April 1891, also vor Ablauf der bedungenen Zeit eröffnete, er, A, werde den ursprünglichen Vertrag nach Ablauf der Zeit nicht wieder erneuern und ihn, B, unter Einem aufforderte, die auf der Grundparcelle X errichteten Baulichkeiten bis Ende Mai 1891 abzutragen und dieses Grundstück in dem Stande, wie er es übernommen, rückzustellen. Desgleichen hat B einbekannt, dass sein schriftliches Ansuchen an den A um Erneuerung des Bestandvertrages eben auch schriftlich abgewiesen und er hievon noch vor Ablauf des Mai 1891 mit dem abermaligen Auftrage wegen Abtragung der Bauten und Rückstellung des Grundstückes verständigt wurde. Es ist also kein Zweifel darüber gestattet, dass A in deutlicher Weise dem B noch vor Ablauf der bedungenen Zeit seinen Willen kundgab, den Bestandvertrag nicht zu erneuern. Nachdem ferner B weiters bekennt, A habe das Pachtgrundstück X einem gewissen C vom 1. Juni 1891 an in Pacht gegeben, und dass dieser, nicht aber B, seither den Grund thatsächlich benützt, überdies aber, dass er, B, am 14. Juni 1891, mithin binnen der im § 11 des citirten Verfahrens festgesetzten Frist über neuerliche Aufforderung zur Abtragung der Baulichkeiten er-

klärte, dass er dies am 16. Juni 1891 bewirken werde, so kann sich B sicherlich nicht auf den citirten § 22, belangend die Einreichung der Klage auf Rückstellung binnen der 14tägigen Frist, berufen und war vielmehr der Klage unbedingt zu willfahren.

Ueber Revision des B bestätigte der OGH die E. II. J. unter Hinweis auf deren Begründung und in der weiteren Erwägung, dass aus dem Schlusssatze des § 1114 cit. klar hervorgeht, dass von einer stillschweigenden Erneuerung des Bestandvertrages im Sinne dieses Paragraphen und des § 22 Bestandverfahren nur dann gesprochen werden kann, wenn beide Vertragsparteien bezüglich der Erneuerung einverstanden sind, welches Einverständniss nach der richtigen Ausführung des Oberrichters hier nicht vorliegt, indem nach der Actenlage A dem B in deutlicher und unzweifelhafter Weise seinen Willen eröffnete, ihn das Grundstück X nicht weiter benützen zu lassen und B diesem seinem Willen sich auch thatsächlich fügte. *)

2545.

Die zu einer Concursmasse angemeldeten Erkenntnissgebühren sind als öffentliche Abgaben anzusehen, und gebührt denselben im Falle ihrer Liquidhaltung die erste Rangsclasse der Concursgläubiger.

E. v. 19. Jänner 1892, Z. 451. — (GZ 23 ex 92, Seite 183.)

Die I. J. hat das von der Finanzprocuratur in Vertretung des Gebührenärars gestellte Begehren, zu erkennen: „Die CM der Firma A sei schuldig, anzuerkennen, den gemäss der Zahlungsaufträge des Gebührenbemessungsamtes bemessenen, gehörig angemeldeten und bei der Liquidirungstagfahrt für liquid anerkannten Gebühren per 25 fl. und 43 fl. sammt 6 Percent Verzugszinsen seit 3. Jänner 1890 gebühre die erste Rangsclasse der Concursgläubiger und der CMV B sei schuldig, die Versetzung dieser Forderungen in die erste Rangsclasse anzuerkennen, abgewiesen, aus folgenden

Gründen:

Die Erkenntnissgebühr ist als eine öffentliche Abgabe nicht anzusehen, denn sie ist blos eine Gebühr für einen bestimmten gerichtlichen Act, woran der Umstand, dass in den §§ 3 und 5 des GG von Abgaben gesprochen wird, nichts ändert, weil diese Paragraphe das materielle Recht nicht berühren. Um so weniger darf die Erkenntnissgebühr als eine öffentliche Abgabe angesehen und den Steuern gleichgestellt werden. Die Anführung des § 7 des GG vom 9. Februar 1850, RGB Nr. 50, kann

---

*) Gleichlautend die E. des OGH vom 18. Juli 1878, Z. 7948 (Glaser-Unger Nr. 7078).

keine Anwendung finden, weil sie durch die CO vom Jahre 1868 aufgehoben wurde.

Die II. J. hat nach dem Klagebegehren erkannt: denn die laut des kais. Pat. vom 9. Februar 1850, RGB Nr. 50, einzuhebenden Gebühren werden laut § 3 dieses Patentes entweder mittelst des Stempels oder unmittelbar eingehoben, und werden im Gesetze selbst als Abgabe bezeichnet. Dass die Abgabe eine öffentliche ist, ergibt sich daraus, dass dieselbe durch ein Gesetz normirt und durch dasselbe als öffentlichen Zwecken dienend bezeichnet ist. Die durch das Ges. vom 9. Februar 1850, RGB Nr. 50, eingeführten Gebühren wurden durch den § 43 CO nicht alterirt, weil diese Gebühren durch die CO in ihrem Wesen nicht geändert wurden, und weil die Bestimmung des § 8 des GG, dass in Concursfällen die Gebühren wie andere landesfürstliche Steuern classificirt werden sollen, denselben die Natur von öffentlichen Abgaben nicht benimmt. Hieraus folgt, dass den angemeldeten Gebühren per 25 fl. und 43 fl. als öffentlichen Abgaben nach § 43 Alin. 4 CO die erste Rangsclasse der Concursgläubiger gebührt.

Der OGH hat die E. II. J. aus deren Gründen bestätigt, und zwar in Erwägung, dass in die erste Classe der Concursgläubiger nach § 43, Z. 4 CO, öffentliche Abgaben ohne jede Einschränkung gehören, und dass die Eigenschaft öffentlicher Abgaben den Erkenntnissgebühren mit Rücksicht auf den im Kundmachungspatente zum GG vom 9. Februar 1850 ausgedrückten Zweck des GG, dann auf den Wortlaut der §§ 1 D 3 und 5 C 5 des GG, endlich auf die Gleichstellung der Einbringung unberichtigter Gebühren mit jener rückständiger landesfürstlicher Steuern (§ 7 des GG) nicht bezweifelt werden kann, wonach die Bestimmung des § 43, Z. 4 CO, jener des § 8 des GG entspricht.

2546.

Durch den von einem Hypothekargläubiger einer anderen Hypothekarforderung eingeräumten Vorrang erwirbt der Prioritätscessionär ein dingliches Recht auf Befriedigung in der ihm eingeräumten besseren Rangordnung bis zum Betrage der zurückgesetzten Forderung des Prioritätscedenten selbst dann, wenn zur Zeit der Meistbotsvertheilung die zurückgesetzte Forderung bereits getilgt war.

E. v. 19. Jänner 1892, Z. 488. — (GZ 25 ex 92, Seite 198.)

Der Hypothekargläubiger A, dessen Forderung per 4414 fl. sammt Anhang auf der ganzen, zur Hälfte dem B und zur Hälfte der C gehörigen Realität versichert war, räumte dem nachfolgenden Hypothekargläubiger D, dessen Forderung blos auf der der C gehörigen Realitätenhälfte intabulirt war, bezüglich dieser Realitätenhälfte den Vorrang ein.

Bei Vertheilung des Meistbotes für die zuerst verkaufte Realitätenhälfte des B hat A seine ganze Forderung sammt allen Nebengebühren zur Zahlung aus dem Erlöse für diese Realitätenhälfte angemeldet, mit dem Gesammtbetrage von 5156 fl. liquidirt und auch zugewiesen erhalten. Hierauf erfolgte auch die Zahlung und sohin die grundbücherliche Löschung dieser Forderung. Bei Vertheilung des Meistbotes für die nachher executiv veräusserte Realitätenhälfte der C nahm das Gericht I. J. auf den dem D vom A eingeräumten Vorrang keine Rücksicht mehr, weil dieser in Folge obiger gänzlicher Befriedigung des A nunmehr jede rechtliche Grundlage entbehrte und es jenen Gläubigern, welche durch die Zuweisung der ganzen Forderung auf den Erlös für die Realitätenhälfte des B verkürzt wurden, zu überlassen war, ihre Befriedigung aus der zweiten, der C gehörigen Realitätenhälfte zu begehren.

Der hiegegen vom D eingebrachte Recurs wurde in II. J. abgewiesen, denn die bücherliche Rangordnung wurde dadurch erschöpft, dass sich A seine Forderung im Gesammtbetrage von 5156 fl. aus der früher verkauften, dem B gehörigen Realitätenhälfte zuweisen liess, ihm dieselbe auch rechtskräftig zugewiesen und thatsächlich ausbezahlt wurde, wornach das Pfandrecht erlosch. Die bücherliche Rangordnung eines Capitals, dessen Vorrang der Berechtigte zu Gunsten anderer Capitalien bereits abgetreten hat, kann für letztere nicht angesprochen werden, denn sonst würden die nachfolgenden Gläubiger geschädigt werden, während die Abtretung eines Vorranges, welche im vorliegenden Falle nur die der C gehörige Realitätenhälfte betrifft, nach § 3 GBG einem dritten Gläubiger nicht nachtheilig sein darf. Durch die Zuweisung vorangehender Forderungen und durch die Uebergehung der Forderung des Recurrenten wurde der bücherliche Stand nicht gestört, da gerade nach den Urkunden, welche einen Theil des Grundbuches bilden, die erfolgten Zuweisungen, sowie der Ausspruch, dass Recurrent bei Nichtausreichung des Meistbotes mit seiner Forderung leer ausging, mit dem Grundbuchsstande im Einklange stehen. Wenn nun dem D der Vorrang nach dem Grundbuchsstande nicht gebührt und die zugewiesenen Forderungen ebenfalls auf der der C gehörigen Realitätenhälfte versichert sind und der Forderung des D vorangehen, hat letzterer keinen Grund zur Beschwerde.

Ueber a. o. Revisionsrecurs des D fand der OGH unter Behebung beider untergerichtlichen E. eine Tagsatzung zur Einvernehmung der Betheiligten und eine neue Vertheilung des Meistbostes zu verordnen; denn durch den von einem Hypothekargläubiger vor dessen Forderung einer anderen Hypothekarforderung eingeräumten Vorrang erwirbt der Prioritätscessionär, wenn der Vorrang bücherlich eingetragen ist, ein dingliches Recht auf Befriedigung mit seiner Forderung in der ihm eingeräumten besseren Rangordnung bis zum Betrage der zurückgesetzten Forderung der Prioritätscedenten, welches Recht mit Rücksicht auf die Natur der

Prioritätseinräumung seine Wirkung auch dann äussern muss, wenn zur Zeit der Meistbotsvertheilung die zurückgesetzte Forderung schon getilgt wäre, zumal hiedurch die Rechte der Zwischengläubiger, welche ihre Befriedigung nur in der von ihnen erworbenen Rangordnung fordern können, nicht berührt werden, andererseits durch einen einseitigen Act der Prioritätscedenten das erworbene bücherliche Vorrangsrecht des Prioritätscessionärs nicht illusorisch gemacht werden kann. Daraus folgt, dass, nachdem die begünstigte Forderung an die Stelle der zurückgesetzten nach Massgabe des Umfanges der letzteren tritt, auch im Falle einer erst nach der Prioritätserwerbung erfolgten Tilgung der zurückgesetzten Forderung die begünstigte Forderung aus dem Meistbote insoweit zuzuweisen ist, als die zurückgesetzte Forderung hätte geltend gemacht werden können, wenn die Prioritätseinräumung nicht erfolgt und die Forderung noch nicht getilgt wäre. Die Tilgung der Forderung des A kann der Geltendmachung des dem begünstigten Gläubiger bezüglich der Realitätenhälfte der C gebührenden Vorrangsrechtes nicht entgegenstehen; vielmehr ist aus dem Meistbote für diese Realitätenhälfte jener Betrag, welcher auf die Forderung des A entfallen wäre, wenn dieser seine Befriedigung aus jeder der beiden Realitätenhälften verhältnissmässig gesucht hätte, d. i. die Hälfte der ihm aus der Realitätenhälfte des B zugewiesenen Forderung per 5156 fl., also der Betrag von 2578 fl. dem begünstigten Gläubiger zuzuweisen und könnte nur ein allfällig hievon erübrigender Rest an jene Gläubiger zur Vertheilung gelangen, welche in Folge dessen, dass A die Befriedigung mit seiner ganzen Forderung blos aus dem Meistbote für die Realitätenhälfte des B gesucht hat, leer ausgegangen sind und den ihnen nach § 37 CO eingeräumten Anspruch erhoben haben. Hiernach entsprechen die untergerichtlichen E., welche auf das dem Recurrenten eingeräumte und von ihm bücherlich erworbene Vorrangsrecht keinen Bedacht genommen haben, nicht dem Gesetze.

2547.

Der Commissionär hat den ihm zur Bezahlung der Forderung seines Committenten von dessen Schuldner übermittelten Betrag nur diesem Zwecke zuzuführen.

E. v. 20. Jänner 1892, Z. 15294. — (GH 21 ex 92. Seite 180.)

In einer vor dem HG in T. nach dem summarischen Verfahren verhandelten Streitsache zwischen J. als Kläger und der Firma T. als Beklagten, wurde nach Aufnahme des zugelassenen Zeugenbeweises mittelst U. vom 26. Juni 1891 die Zuerkennung eines Theilbetrages von 100 fl. davon abhängig gemacht, dass Beklagte den Erfüllungseid über den Umstand, „dass ihr D. in Zara auftrug, den ihr ursprünglich für den Kläger übermittelten Betrag von 100 fl. an G. in Udine zu übersenden“ und den

ihr zurückgeschobenen Haupteid darüber, „dass sie den Betrag von 100 fl. auch wirklich an G. in Udine abgeschickt habe, abschwören würde.

Gründe:

Der Einspruch der Beklagten gegen die Belastung mit dem zugestandenermassen von D. erhaltenen Betrage von 100 fl. würde sich dann als begründet darstellen, wenn es sich ergeben würde, dass D. der Beklagten aufgetragen habe, diesen ursprünglich für den Kläger bestimmten Betrag an G. in Udine einzusenden und dass Beklagte thatsächlich diesem Auftrage nachgekommen sei, denn die Beklagte hätte sich in Betreff des in Rede stehenden Betrages den Weisungen ihres Auftraggebers nicht entziehen können und kann ihr daher keine persönliche Haftpflicht für jenen Vertrag dem Kläger gegenüber gesetzlich entspringen.

Das OLG erkannte abändernd auf unbedingte Zuerkennung der 100 fl. und der OGH bestätigte die E. der II. J. aus folgenden

Gründen:

Es ist unbestritten, dass D. in Zara dem heutigen Kläger J. 100 fl. schuldete und diesen Betrag der Handelsfirma T. als Commissionärin des J. auf Zahlung der Schuld an diesen Letzteren eingesendet habe.

Beklagte war in Folge dessen verpflichtet, den für Rechnung des Klägers und auf Zahlung der Forderung desselben gegen den D. übernommenen Betrag diesem Zwecke zuzuwenden und schon mit Hinblick auf die Vorschrift des Art. 361 HGB nicht berechtigt, nachdem der genannte Betrag auf Zahlung der Forderung ihres Committenten, heutigen Klägers, übernommen worden war, auf ein späteres Schreiben des Schuldners D. ohne Einwilligung ihres Committenten und zum Nachtheil desselben mit dem Gelde in anderer Weise zu verfügen.

Diese, wenngleich über einen späteren Auftrag des D. erfolgte anderweitige Verfügung enthebt die beklagte Handelsfirma nicht von der Verpflichtung gegen den Kläger, für dessen Rechnung sie das Geld schon übernommen hatte und dessen Forderung an C mit demselben getilgt worden war.

2548.

Eine erweislich aus Irrthum (Namensgleichheit) bewilligte Execution wider einen Dritten, kann niemals rechtsgiltig werden.

E. v. 20. Jänner 1892, Z. 677. — (Práv. VI ex 92, Seite 201.)

I. KG Jičín.
II. OLG Prag.

Auf Grund einer rechtskräftigen Zahlungsauflage pcto. einer Wechselsumme per 100 fl. erwirkte C gegen die Eheleute Josef und Anna A die Mobilarexecution, welche auch vollzogen wurde; hierauf wurde diese

Wechselforderung an den B abgetreten, der sohin um die Anmerkung dieser Cession in dem betreffenden Executionsprotocolle ansuchte und bewilligt erhielt.

Ueber erhaltene Verständigung, der bezügliche B. habe dem Josef A wegen seines vom Postamte angezeigten Ablebens nicht zugestellt werden können, und in Kenntniss des Umstandes, dass Josef A einen Sohn gleichen Namens hinterlassen habe, hat B dem Gerichte eröffnet, dass der Execut Josef A am Leben sei und unter Angabe der Adresse des Josef A junior um Zustellung jenes B. an diesen gebeten, welche auch erfolgte. Josef A junior, nahm den ihm zugestellten B. entgegen, ohne ihn weiters zu beachten. Als nun Josef A junior später sub praes. 11. December 1890 den B auf Zahlung eines Lohnes per 123 fl. klagte, begehrte dieser auf Grund des Zahlungsauftrages und der Cession des C jure cesso desselben die executive Einantwortung der Klagssumme behufs Tilgung der obbesagten Wechselforderung, indem er den Umstand, dass der Kläger der Sohn des eigentlichen schon verstorbenen Schuldners Josef A senior sei, verschwieg. Die I. J. bewilligte die angesuchte Execution und dieselbe wurde durch das requirirte BG zu L. mittelst Aufnahme eines Protocolls vollzogen, und sohin Josef A junior hievon seitens des requirirenden und requirirten Gerichtes verständigt, welcher gegen diese B. in Unkenntniss ihrer Tragweite sich nicht beschwerte.

In dem anhängigen Lohnprocesse restringirte der Kläger Josef A junior die Klagsforderung auf 100 fl., worauf B submittirte und sohin das U. auf Zahlung von 100 fl. s. N. G. ob submissionem erging, im Grunde dessen Kläger um die Execution ansuchte und dieselbe auch bewilligt erhielt. Dagegen recurrirte nun B, allein erfolglos, worauf er die Klage auf Aufhebung der bewilligten Execution einbrachte und damit begründete, dass ihm der Klagsanspruch des Josef A junior pcto. 123 fl. executiv eingeantwortet worden sei.

Jetzt erst wurde dem Kläger klar, um was es sich dem B handle; er zeigte mithin den ganzen Sachverhalt der Erkenntnissinstanz an und begehrte die Annullirung sowohl der seitens dieser als seitens des requirirten Forums ergangenen B., wie auch der stattgehabten executiven Einantwortung des Klagsanspruches.

Die I. J. ermittelte und constatirte den eigentlichen Sachverhalt, und legte sohin das Begehren des Klägers der II. J. vor, welche jedoch das Gesuch zur Amtshandlung im eigenen Wirkungskreise herabgab, wonach die I. J. die in Rede stehende executive Einantwortung aufhob.

Ueber Recurs des B behob jedoch die II. J. die recurrirte E., weil die executive Einantwortung angesichts des Umstandes, dass sowohl der dieselbe bewilligende B. des Erkenntnissforums, als die Mittheilung des requirirten Forums über dessen Vollzug vorlängst dem Josef A junior zugestellt wurden, ohne dass dieser dagegen die Beschwerde eingebracht

hätte, bereits in Rechtskraft erwachsen ist, demzufolge B bereits Rechte aus derselben erlangte und dieser Thatbestand dermal über blosses Einschreiten des Josef A junior nicht alterirt werden kann.

Ueber Revisionsrecurs des Letzteren hat der OGH die E. I. J. wieder hergestellt, unter Einem jedoch auch die Zustellung des B. des Erkenntnissforums belangend die Bewilligung der executiven Einantwortung, annullirt, weil B bei Einbringung seines Executionsgesuches anzugeben unterliess, dass die als Grundlage der Execution dienende Zahlungsauflage den Josef A senior betraf, während die exequirte Forderung selbst durch Josef A junior geltend gemacht wurde, welcher zwar denselben Namen trägt, jedoch eine vom Executen verschiedene Person ist. Da diese Umstände erst jetzt an den Tag getreten sind, so kann die gegen einen Dritten aus Irrthum bewilligte Execution niemals rechtsgiltig werden, weil sie einer jeden Grundlage ermangelt, vielmehr ist anlässlich des an Tag gekommenen Sachverhaltes die Verfügung des Erstrichters als der wahren Sachlage entsprechend wieder herzustellen und so die Streitsache in das richtige Geleise zu leiten.

2549.

Es ist nicht erforderlich, dass dem Vater des unehelichen Kindes der Eid aufgetragen wird, an einem kalendermässig genau bestimmten Tage der Kindesmutter beigewohnt zu haben; es genügt, wenn der Eid über die Beiwohnung während der durch § 163 ABG bestimmten und durch die Angabe des Entbindungstages berechenbaren Frist aufgetragen wird.

E. v. 20. Jänner 1892, Z. 262. — (GH 10 ex 92, Seite 83.)
I. BG Prag.
II. OLG Prag.

A belangte als Vormund des minderjährigen B unter freiwilliger Vertretungsleistung der C den D auf Anerkennung der Vaterschaft zu dem am 7. April 1890 von C ausserehelich geborenen Kinde B und Leistung der Alimente. Die Klage wurde in I. und II. J. abgewiesen.

Gründe:

A trägt dem D darüber, dass er der C innerhalb eines Zeitraumes beigewohnt habe, von welchem seit der am 7. April 1890 erfolgten Entbindung nicht weniger als 6 und nicht mehr als 10 Monate verstrichen sind, den verneinenden, auf die C rückschiebbaren Haupteid auf, dessen Unzulässigkeit jedoch schon vom ersten Richter mit Recht geltend gemacht wurde. Der § 163 ABG enthält nur eine Rechtsvermuthung, nach welcher angenommen wurde, dass Derjenige, welcher der Kindesmutter innerhalb eines Zeitraumes beigewohnt, von welchem bis zu ihrer Entbindung nicht weniger als 6 und nicht mehr als 10 Monate verstrichen sind, das Kind

erzeugt habe. Ueber einen abstracten Rechtssatz kann aber kein Eid zugelassen, und ohne ein Recht der Parteien zu verletzen, auch nicht von Amtswegen statt des abstracten Rechtssatzes ein concreter Zeitraum in die Eidesformel aufgenommen werden. Sache der klagenden Partei ist es, die Thatsache zu behaupten, wann die Beiwohnung erfolgte und Sache des Richters, zu prüfen, ob die concret behauptete Beiwohnung unter die im § 163 ABG normirte Frist falle.

Der OGH hat der a. o. Revisionsbeschwerde des A Folge gegeben und der Klage stattgegeben, falls A den Beweis durch den dem Geklagten D aufgetragenen, auf die freiwillige Vertretungsleisterin C rückschiebbaren Haupteid herstellt: dass D in dem Zeitraume vom 12. Juni 1889 bis einschliesslich 10. October 1889 der C beigewohnt habe.

Gründe:

Von Seite des A wird durch den dem D aufgetragenen, auf die freiwillige Vertretungsleisterin C rückschiebbaren Haupteid unter Beweis gestellt, dass Geklagter der C innerhalb des Zeitraumes beigewohnt habe, von welchem bis zu der am 7. April 1890 erfolgten Entbindung nicht weniger als 6 und nicht mehr als 10 Monate verstrichen sind. Bei Abgang sonstiger Beweise über den Zeitpnnkt der Beiwohnung, und da Geklagter die unter Eid gestellte Thatsache widerspricht, ist dieser Haupteid processentscheidend. Von beiden Untergerichten wurde dieser Eid als unzulässig abgewiesen, weil der widersprochene Zeitpunkt der Beiwohnung, und nicht der blos eine gesetzliche Vermuthung aussprechende Wortlaut des § 163 ABG den Gegenstand des vom Kläger zu führenden Beweises bildet, und weil über einen abstracten Rechtssatz kein Eid zugelassen werden kann. Allein diese Auffassung beruht auf einem Irrthum, da in der Klage behauptet wird: 1. dass D der C überhaupt beigewohnt habe; 2. dass dies in einem Zeitpunkte gewesen sei, von welchem bis zu der am 7. April 1890 erfolgten Entbindung nicht weniger als 6 und nicht mehr als 10 Monate verstrichen sind. Wenn nun von Seite des Klägers der Haupteid über den Umstand aufgetragen wird, dass der Geklagte der C innerhalb des zweiterwähnten Zeitraumes beigewohnt habe, so kann dies nur dahin aufgefasst werden, dass dadurch der Beweis über eine Thatsache geführt wird, an welche das Gesetz die Vermuthung knüpft, dass Geklagter das von C am 7. April 1890 geborene Kind erzeugt habe und als Vater desselben anzuerkennen sei. Daran ändert nichts der Umstand, dass der Zeitpunkt der Beiwohnung nicht genau dem Tage nach präcisirt ist, weil sich der Tag, von welchem bis zu welchem die Beiwohnung stattgefunden hat, aus der Angabe des Tages der erfolgten Entbindung leicht berechnen lässt und der Richter nach § 208 AGO die Eidesformel genau zu bestimmen hat. Wird nun erwogen, dass gemäss § 902 ABG die Monate nicht nach dem Kalender, sondern je zu 30 Tagen zu rechnen sind, so

erhellt aus § 163 ABG, dass nur eine nicht über 300 Tage und nicht weniger als 180 Tage vor der erfolgten Geburt des Kindes stattgefundene Beiwohnung über die Vaterschaft des Geklagten entscheidet.

2550.

Der Zweck der Zustellung nach § 33 des AG besteht lediglich darin, dass der Intimand innerhalb eines Jahres von der Anfechtungsabsicht verständigt wird. Es genügt also die Uebernahme der Verständigung auch seitens dritter Personen, wenn dieselbe nur innerhalb der Jahresfrist dem Intimanden zukommt.

E. v. 20. Jänner 1892, Z. 678. — (JB 43 ex 92, Seite 516.)

I. BG Dux.
II. OLG Prag.

Mit dem bei der I. J. überreichten Gesuche zeigte William R., Bergwerksbesitzer in T., seine Absicht an, die Schuldurkunde vom 3. November 1890 und die auf Grund derselben in der Duxer Einlage Z. 244 erfolgte Pfandrechtseinverleibung für eine Forderung der Frau Francisca M., Privaten in Dux, im Betrage von 19.000 fl. pcto. seiner Forderung per 1000 fl. s. N., welche ihm gegen den Sohn der genannten Frau Francisca M., bücherlichen Eigenthümer der in der Einlage Z. 244 inneliegenden Objecte, zusteht, anzufechten. Dieses Gesuch wurde mit B. vom 8. October 1891 sowohl dem William R. als der Frau Francisca M. zugestellt. Am 5. November 1891 überreichte Francisca M. beim BG Dux ein Gesuch, das eventuell als Nullitätsbeschwerde bezeichnet wurde, worin ausgeführt war, dass sie den oben erwähnten B. erst am 28. October 1891 durch ein Schreiben ihres Sohnes Adolf M. erhalten habe, dass sie nicht in Dux, sondern in R. domicilire, dass die Zustellung an ihren Sohn unwirksam, weil nicht zu eigenen Handen erfolgt, und dass das BG Dux zur Annahme des Gesuches nicht zuständig, die Zustellung insbesondere nichtig sei.

Dieses Gesuch wurde als Nullitätsbeschwerde der II. J. vorgelegt, welche hierüber nach gepflogenen Erhebungen die am 16. October 1891 erfolgte Zustellung aufzuheben und dem BG Dux die neuerliche sofortige, ordnungsmässige Zustellung des B. an Francisca M., falls dieselbe in Dux wohnhaft ist, und eventuell die weitere gesetzliche Amtshandlung aufzutragen befand aus nachstehenden

Gründen:

Da durch die gepflogene Einvernahme des k. k. Gerichtsdieners Alfred R. sichergestellt ist, dass der B. vom 8. October 1891 nicht der Adressatin Francisca M., sondern deren Sohn Adolf M. übergeben und von Letzterem auch der Zustellungsbogen mit „Francisca M. 16/10“ unter-

schrieben worden ist, im Sinne des § 33 des AG und § 385 AGO aber die Zustellung des Gesuches de praes. 7. October 1891, Z. 10017, an Francisca M. zu eigenen Handen erfolgen muss, so stellt sich die stattgefundene Zustellung als nichtig heraus, weshalb diese behoben und mit Rücksicht auf die Angabe des Gesuchsrubrums, dass Francisca M. in Dux domicilire, beim BG Dux die neuerliche ordnungsmässige Zustellung des Gesuches, eventuell im Falle eines Anstandes die weitere gesetzliche Amtshandlung aufgetragen werden musste.

Gegen diese E. überreichte William R. den Revisionsrecurs, welchem vom OGH stattgegeben wurde.

Gründe:

Mit dieser E. wurde die oberlandesgerichtliche E. dahin abgeändert, dass der als Nullitätsbeschwerde bezeichnete Recurs der Francisca M. abgewiesen werde, weil der Zweck der gedachten Zustellung nach § 33 des AG doch nur darin besteht, dass die innerhalb der einjährigen Frist erforderliche Verständigung der Francisca M. von der Absicht des William R., die bezeichneten Rechtshandlungen anzufechten, bewirkt und ausgewiesen werde, weil diese Verständigung des nach der Angabe des Gesuches zuständigen Gerichtes der Francisca M. nach ihrer eigenen Anführung am 28. October 1891, daher noch innerhalb der einjährigen Frist, wirklich zugekommen ist, weil es daher für Francisca M. an jedem berechtigten Grunde fehlt, die durch ihren Sohn Adolf M. für sie erfolgte Annahme der Verständigung zu bekämpfen.

2551.

Für den durch eine widerrechtliche Bauführung einem Dritten verursachten Schaden ist sowohl der Bauherr als auch der von diesem bestellte Bauführer verantwortlich und ersatzpflichtig.

E. v. 21. Jänner 1892, Z. 15624. — (GZ 22 ex 92, Seite 172.)

Die Geklagte B liess durch die mitgeklagte Firma C auf ihrem Grund und Boden einen Bau ausführen, der sich theilweise in den dem Kläger A gehörigen Luftraum ausbaucht und durch den die Gebäude des A Schaden gelitten haben.

Die I. J. hat dem gegen B und C auf Anerkennung der Freiheit des Eigenthumes und Beseitigung zugefügter Schäden gerichteten Klagebegehren vollinhaltlich stattgegeben. Die erstrichterlichen

Gründe,

welche das Erkenntniss bezüglich der zweitgeklagte C rechtfertigen, sind folgende: Die zweitgeklagte Firma hat die fragliche Mauer in den kläge-

rischen Luftraum nach einem zwischen ihr und der erstgeklagten B verabredeten Plane gebaut, es ist also auch gegen sie das Verlangen nach Beseitigung des widerrechtlichen Zustandes gerechtfertigt. Zum Ersatze der widerrechtlich zugefügten Schäden sind Bauherr und Bauführer heranzuziehen. Schon nach § 1315 ABG tritt eine Haftung des Bauherrn für den in Ausführung des Baues einem Dritten zugefügten Schaden ein, wenn dem bestellten Bauführer eine Untüchtigkeit nachgewiesen wird, im vorliegenden Falle also, wenn das Ausbauchen der Stützmauer, das Abdrücken und Zerreissen der klägerischen Stallmauer auf ein Verschulden der Baufirma zurückzuführen ist. Nun ist ein solches nach dem vorliegenden Gutachten nicht zu bezweifeln, für ein solches Verschulden hat auch die bauführende Firma nach § 1299 ABG zu haften.

Das OLG hat über Appellation beider Geklagten das erstrichterliche U. bezüglich der B bestätigt, bezüglich der zweitgeklagten C aber abgeändert, und das gegen dieselbe gerichtete Begehren vollinhaltlich, d. i. sowohl in Betreff der Anerkennung der Freiheit des Eigenthumes, als in Betreff der Beseitigung der zugefügten Schäden abgewiesen.

Gründe:

Durch die Ausführung des fraglichen Baues von Seite der B wurde in dem Eigenthume des Klägers ein rechtswidriger Zustand geschaffen, dessen Beseitigung der Kläger nur von Seite der B, seiner Nachbarin, zu deren Gunsten dieser rechtswidrige Zustand geschaffen wurde, begehren kann, nicht aber von der mit der Bauführung betrauten Firma C, weil eine Negatorienklage, wie die gegenwärtige, eine dingliche Klage ist, die nur gegen den Besitzer des Grundes, zu dessen Gunsten das bestrittene Recht ausgeübt wird, nicht aber gegen einen Dritten mit Erfolg angebracht werden kann, diese Firma aus diesem rechtswidrigen Zustande keinen Vortheil zieht, ihr ein Dispositionsrecht über den Grund der B nicht zusteht, und sie auch ohne Zustimmung der letzteren gar nicht in der Lage wäre, die Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes zu veranlassen. Was nun den zweiten Theil der Klage, die Schadensklage auf Beseitigung des an den klägerischen Gebäuden durch die Bauführung veranlassten Schadens, anbetrifft, so konnte die Klage auch nur gegen die B als den Bauherrn und nicht auch gegen die Firma C eingebracht werden, weil diese Firma zu dem Kläger in gar keinem Rechtsverhältnisse steht und als Bevollmächtigte der B nur dieser gegenüber haftbar und verantwortlich ist, der Schade an den Gebäuden des Klägers nicht durch die Firma C, sondern durch den von der B aufgeführten Bau, wobei die Person des Bauführers nebensächlich ist, veranlasst wurde, weshalb gemäss § 1294 ABG auch nur die B allein auf Beseitigung des zugefügten Schadens zu belangen war.

Der OGH hat über die Revisionsbeschwerde des Klägers das U. II. J., insoweit die gegen die zweitgeklagte C gerichtete Klage auf Beseitigung der entstandenen Schäden abgewiesen worden ist, bestätigt, im Uebrigen abgeändert und das erstrichterliche U. wieder hergestellt.

Gründe:

Das obergerichtliche U. ist nur zum Theile im Gesetze gegründet. Es ist zunächst ganz unrichtig, dass der auf Beseitigung des zugefügten Schadens klagende A nur zu dem einen Beschädiger, nämlich zum Erstgeklagten, und nicht auch zu dem anderen Beschädiger, das ist zu der zweitgeklagten Firma, in einem Rechtsverhältnisse stehe. Denn beide Geklagte haben den rechtswidrigen Bauzustand und dadurch die Schädigung des Klägers herbeigeführt, und müssen daher beide den durch den Bau verursachten Schaden, die zweitgeklagte Firma insbesondere auch in Gemässheit des im § 1299 ABG ausgesprochenen Grundsatzes verantworten. In der vermögensrechtlichen Schädignng des Klägers liegt der Grund des zwischen ihm und beiden Geklagten bestehenden Rechtsverhältnisses, und kann der Beschädigte nach § 1301 ABG sich wegen des Schadenersatzes an den Bauherrn oder an den Bauführer oder an beide halten. Wenn daher der Gerichtshof I. J. grundsätzlich die Schadenersatzpflicht auch der Zweitgeklagten im Sinne des § 1323 ABG aussprach, so war dieses dem Gesetze entsprechende U. aufrecht zu erhalten. Der Kläger begehrt gemäss des cit. § 1323, dass „Alles in den vorigen Zustand zurückversetzt werde“; er begehrt aber nicht den „Schätzungswerth“ dessen. Insoweit in dieser Beziehung die zweitgeklagte Firma zur Wiederherstellung verurtheilt werden soll, ist nicht zu verkennen, dass eine Sachlage eintreten kann, wo es ihr rechtlich unmöglich ist, auf fremdem Grund und Boden oder auch nur in einer fremden Mauer ohne Zustimmung des Eigenthümers Veränderungen vorzunehmen. Dies ist vor der Urtheilsfällung insbesondere dann zu erwägen, wenn im Laufe des Streites auf die Unmöglichkeit der Leistung hingewiesen wird. Es geht nicht an, die bedingungslose Widerherstellung unter Androhung von Zwangsmassregeln zu verordnen und erst im Executionszuge den schon früher geltend gemachten Umstand der rechtlichen Unmöglichkeit der Leistung entscheiden zu wollen. Eine Oppositionsklage der Verurtheilten im Sinne des Hofd. vom 22. Juni 1836, JGS Nr. 145, wäre gemäss § 2 dieses Hofd. unzulässig, da die etwa geltend gemachte Unmöglichkeit der Leistung nicht ein dem U. nachgefolgtes Factum wäre. Das OLG hat daher mit Recht die Klage abgewiesen, insoweit mit derselben von der Zweitgeklagten die Wiederherstellung des früheren Standes begehrt wird.

2552.

Der Ortsschulrath ist nicht verpflichtet, in einem Rechtsstritte von der der Finanzprocuratur obliegenden Vertretungspflicht Gebrauch zu machen.

E. v. 26. Jänner 1892, Z. 781. — (GZ 16 ex 92, Seite 127.)

I. LG Prag.
II. OLG Prag.

In dem Rechtsstreite des A gegen die Schulgemeinde B, vertreten durch den Gemeindevorsteher, pcto. Zahlung von 1096 fl. hat die I. J. mit B. beide Streittheile verständigt, dass laut Mittheilung des Bezirksschulrathes die der Finanzprocuratur ertheilte Vollmacht zur Vertretung des Ortsschulrathes B im obigen Rechtsstreite widerrufen wurde, daher die Finanzprocuratur nicht mehr berechtigt sei, den genannten Ortsschulrath in dieser Rechtssache zu vertreten. — Gegen diesen B. ergriff A den Recurs.

Das OLG wies den Recurs als unbegründet ab, weil nach der MV vom 14. Juni 1872, RGB Nr. 119, nur die Finanzprocuratur verpflichtet ist, ihre Vertretung dem Ortsschulrathe angedeihen zu lassen; daraus folgt aber noch nicht, dass der Ortsschulrath seinerseits verpflichtet sei, die Vertretung der Finanzprocuratur in Anspruch zu nehmen.

Dem a. o. Revisionsrecurse des A fand der OGH keine Folge zu geben, denn die angefochtenen E. der unteren Gerichte lassen weder eine offenbare Ungerechtigkeit, noch eine Nullität wahrnehmen, selbe sind vielmehr vollkommen gerechtfertigt, zumal der Bezirksschulrath in der ihm gesetzlich zustehenden Ausübung des Schutzrechtes über die Localschulfonde die der Finanzprocuratur ertheilte Ermächtigung zur Vertretung des Ortsschulrathes B im Streite mit A über Antrag der Finanzprocuratur in gesetzlich zulässiger Weise revocirt und dem genannten Ortsschulrathe überlassen hat, nunmehr für die Weiterführung des Streites selbst Sorge zu tragen.

2553.

Nach dem Ableben desjenigen Gesellschafters, welcher die Eidesanbietung eigenhändig fertigte, ist der Eid als im Namen der Firma abgelegt zu achten.

E. v. 26. Jänner 1892, Z. 15711. — (Praw. 30 ex 92, Seite 238.)

I. LG Krakau.
II. OLG Krakau.

Im Summarstritte des A wider die Handelsgesellschaft B & Comp. pcto. 200 fl. s. N. G. hatte der öffentliche Gesellschafter B das protocollarische Anerbieten zur Ablegung des Erfüllungs- und Haupteides

eigenhändig mit der Firmazeichnung: „B & Comp." gefertigt, worauf die I. J. nach Vernehmung der geführten Zeugen auf den durch B im Namen der Firma abzulegenden Erfüllungseid erkannte und von der Ablegung desselben die Befreiung der Belangten von der angesprochenen Zahlung abhängig machte. Vor Zustellung des bezüglichen Spruches I. J. ging B mit dem Tode ab, und die Belangte bat nunmehr in dem Eidesantrittsgesuche um das Erkenntniss, dass der Erfüllungseid als abgelegt zu halten sei, welchem Begehren die I. J. jedoch nicht willfahrte, und zwar in der Erwägung, dass als Processpartei in obigem Stritte die protocollirte Handelsgesellschaft B & Comp. erscheine, der verstorbene B nur einer von den Gesellschaftern derselben war, und als solcher allerdings befugt erscheine, die Firma vor Gericht zu vertreten und im Namen derselben auch nach Zulass des Art. 117 HGB Eide abzulegen. Er war aber nicht der einzige Repräsentant derselben, da eine gleiche Befugniss auch den übrigen Gesellschaftern zustand, und aus diesem Grunde kann das Ableben des B nicht die Rechtsfolge nach sich ziehen, dass der durch ihn namens der Firma abzulegende Eid als abgelegt zu erachten wäre, weil die Firma in der Lage ist, denselben durch einen andern Gesellschafter abzulegen. Ungeachtet des Ableben des B besteht die Firma B und Comp. weiter und sind also die ausnahmsweisen Bestimmungen des § 307 wg. GO und des Hofd. vom 5. März 1795, JGS Nr. 227, in dem vorliegenden Falle unanwendbar, weil sie nur dann gelten, wenn die Processpartei selbst vor der Eidesablegung stirbt, die physische Person des einen Gesellschafters aber nicht als identisch mit der juristischen Persönlichkeit der Firma betrachtet werden kann.

Ueber Recurs der Belangten erkannte der Oberrichter den Erfüllungseid als abgelegt, denn die belangte Firma hat über die in der Einrede vorgebrachten Thatsachen den D als Zeugen geführt, sodann den Erfüllungs- beziehungsweise Haupteid angeboten, und sofort den B als denjenigen unter den Gesellschaftern bezeichnet, welcher diese Eide im Rückschiebungsfalle abzulegen habe. Das diese Anbietung enthaltende Verhandlungsprotocoll hat nun B namens der belangten Firma mit eigener Hand unterfertigt und A gegen den angebotenen Beweis keinen Einwand erhoben. Da nun nach Vernehmung des Zeugen D die Ergänzung seiner Aussage durch den seitens des B abzulegenden Erfüllungseid untheilsmässig ausgesprochen wurde und B vor Zustellung dieses U. verstarb, so war der Eid allerdings laut der obcitirten Vorschriften als abgelegt zu erklären. Die abweichende Auffassung der I. J. widerstreitet sowohl dem Inhalte des Spruches als auch dem Rechtsbegriffe einer offenen Handelsgesellschaft, sie erscheint aber in vorliegendem Falle um so weniger als begründet, weil das Handelsgeschäft, welches durch die Eidesformel dargethan werden soll, laut der Aussage des Zeugen D gerade der Gesellschafter B namens der Belangten in Gemässheit des Art. 114 HGB selbst

abschloss und von den zu beeidigenden Thatsachen nur er ausschliesslich Kenntniss besass.

Den Revisionsrecurs des A verwarf der OGH, denn nachdem B, welcher als offener Gesellschafter der belangten Firma in Gemässheit des Art. 112 HGB für die Verpflichtungen derselben mit seinem ganzen Vermögen solidarisch haftet, daher als persönlich Betheiligter beim Verhandlungstermine vom 17. Juli 1889 im Namen der Belangten als deren bevollmächtigter Vertreter erschien, die Einrede, beziehungsweise das Anerbieten zur Ablegung der betreffenden Eide mit eigener Hand unterfertigte, so erscheint es unerheblich, ob er dieses Protocoll blos mit seinem Namen oder im Hinblick auf seinen Standpunkt im Processe mit dem Namen der Firma unterzeichnete, weil er hier der eigentliche Deferent war, und das Hofd. vom 5. März 1795, JGS Nr. 222, die Rechtsfolgen der Anerbietung zum Eide an das Erforderniss der eigenhändigen Fertigung des Deferenten knüpft. Sobald nun durch rechtskräftigen Spruch erkannt war, dass B den Eid abzulegen habe, so war B in processualem Sinne als Partei anerkannt, nachdem der Erfüllungseid sich als Parteieneid darstellt. B war aber auch nach dem Inhalte des U. die einzige Person, welche den Erfüllungseid namens der Belangten ablegen konnte, und nachdem derselbe mit dem Tode abging, ist hier allerdings der im § 307 wg. GO. vorgesehene Fall eingetreten und war die E. II. J. zu bestätigen.

2554.

Jede Amortisationsrate der bei Creditbanken aufgenommenen Darlehen begreift sowohl Capital- als Interessentheilquoten in sich und stellt ein abgesondertes Capital dar, von welchem allein Verzugszinsen gebühren.

Cassations-E. v. 26. Jänner 1892, Z. 152. — (Przgel. VIII ex 92, Seite 225.)

I. BG Drohobycz.
II. OL Lemberg.

In dem summarisch abgeführten Mandatsprocesse der Rustical-Creditbank A in Liquidation gegen B und C als Belangte und deren freiwilligen Vertretungsleister D wegen Zahlung von 15 Darlehensraten zu 6 fl. s. N. G. erhielt die I. J. den erlassenen Zahlungsauftrag nur betreff einer Theilquote per 66·83 fl. sammt 12 Percent Interessen und 3 Percent Verzugszinsen für 3 Jahre vom 11. März 1889 zurückgerechnet und vom benannten Tage an weiter laufend, sowie der Kosten des Mandats per 7·83 fl. unter der Bedingung in Kraft, wenn der Vertretungsleister D den Haupteid dahin ablegt, „dass er (D) auf Abschlag des mittelst Schuldscheines ddto. 13. August 1871 bei A aufgenommen und mittelst Mandatsklage de praes. 11. März 1889 von B und C angesprochenen Darlehens

der A zu Handen des Vorstandes E ihres Drohobyczer Bezirksbureaus am 17. December 1874 den Betrag per 100 fl. bezahlt habe." Dagegen wird der Zahlungsauftrag betreffs einer Theilquote per 23·17 fl. als Restsumme der eingeklagten Raten zu 6 fl. sammt 12 Percent Interessen und 3 Percent Verzugszinsen vom Fälligkeitstermine jeder Rate, beginnend vom 8. Februar 1876 an bis zu jenem Tage, welcher sich als Anfangstag jenes vom 11. März 1889 an zurückzurechnenden Trienniums ergibt, als rechtsunwirksam erklärt.

Ueber Appellation der A hat die II. J. den angefochtenen Zahlungsauftrag dahin aufrecht erhalten, dass B und C schuldig sind, jeder aus seinem ganzen Vermögen, C auch aus der Hypothek des in der Grundbuchseinlage 69 der Gemeinde F eingetragenen Anwesens 15 Darlehensraten zu 6 fl. oder im Ganzen 90 fl. sammt 10 Percent für drei Jahre vom Klagstage an zurückgerechnet, sowie fortan seit dem letzteren Datum bis zur wirklichen Zahlung laufend zu bezahlen, dagegen wurden die Belangten von der Zahlung höherer, nämlich bis zu 12 Percent reichenden Percente und überdies noch 3 Percent Interessen oder zusammen 15 Percent und zwar von jeder Rate seit ihrem Fälligkeitstage an jedem 8. Februar, 8. Juni und 8. October, beginnend mit 8. October 1871 losgesprochen und zwar aus folgenden, den Sachverhalt einschliessenden

Gründen:

Gemäss Schuldscheines ddto. Drohobycz 13. August 1871 verpflichteten sich die Belangten B und C, den von der A erhaltenen Darlehensbetrag per 100 fl. in solidum binnen zehn vom 8. October 1871 an laufenden Jahren und zwar am 8. Februar, 8. Juni und 8. October jedes Jahres zu 6 fl. an die Cassa der A selbst oder an die Cassa ihres Bezirksbureaus sowohl behufs theilweiser Tilgung des Capitals als auch der vereinbarten Interessen zurückzuerstatten, indem sie sich unbedingt allen statutarischen Verbindlichkeiten und Bestimmungen der Bankanstalt A, deren Mitglieder sie geworden waren, unterwarfen. Von dem Darlehenscapitale per 100 fl. verpflichteten sich die Belangten jährlich 12 Percent und im Falle des Verzuges überdies 3 Percent Interessen zu bezahlen, unterwarfen sich auch der Bestimmung des Art. 38 der Statuten, wonach im Falle der Aenderung des Zinsfusses, diese Aenderung auf alle zur Zeit des Inkrafttretens derselben noch rückständigen Schuldraten sich zu erstrecken hat. Ausgehend von der allgemeinen gesetzlichen Vorschrift, dass Verträge genau in der vereinbarten Weise erfüllt werden sollen (§ 902 ABG), und dass der Gläubiger berechtigt sei, von den Schuldnern die Tilgung nicht nur der Hauptschuld, sondern auch der Nebengebühren eben auch in dem vertragsmässigen Ausmasse zu verlangen (§ 912 cit.), ist weiter zu beachten, dass nach dem § 3 des Ges. vom 14. Juni 1868, RGB Nr. 62, Zinsen von Zinsen zu nehmen dann erlaubt ist, wenn dies

ausdrücklich vereinbart wurde, dass ferner die rückständigen Zinsen als ein neues Capital vorgeschrieben werden können (§ 998 cit.) und über die Zahlungszeit betreffs der Interessen vor Allem die Vereinbarung entscheidet (§ 4 des cit. Gesetzes ex 1868). Es sind also nach den gesetzlichen Bestimmungen den vereinbarten, sowohl Capital als auch die Interessen einschliessenden Darlehensraten die Kennzeichen einer Capitalsforderung aufgeprägt, so dass die darin miteingeschlossenen Interessen nicht mehr der dreijährigen Verjährung nach § 1480 cit., sondern der gewöhnlichen längeren nach den §§ 1478 und 1479 ibid. unterliegen. Die Einwendung der Belangten, dass das Recht zum Bezuge der in den Amortisationsraten inbegriffenen Interessenquoten, soweit sie über 3 Jahre vom Klagstage zurückreichen, verjährt sei, kann daher als rechtlich begründet nicht angesehen werden.

Dagegen unterliegt das Ansuchen der A auf Zahlung der von den fälligen und nicht entrichteten Interessenten vertragsmässig zu berichtigenden 12 Percent und überdies 3 Percent nur der kürzeren Verjährung, gleich derjenigen rückständiger Jahreszinsen überhaupt (§ 1480 cit.), denn A hat nicht dargethan, dass die Belangten im letzten Triennium wiederholt an die Zahlung der Rückstände gemahnt wurden und um Stundung gebeten haben (§ 170 wg. GO.), weshalb eine Unterbrechung der Verjährung nicht vorliegt (§ 1489 cit.). Indem also die Interessen von den eingeklagten rückständigen Raten nur für das Triennium vor der Klage und für die Zeit nach der Einklagung zuerkannt wurden, konnte dies nicht in der im Schuldschein festgesetzten Höhe stattfinden, sondern waren dieselben bis auf 10 Percent zu ermässigen, weil, wie oben bemerkt, nach dem Statut jede Aenderung des Zinsfusses auch auf den noch ausstehenden Darlehensrest sich erstreckt und zufolge Beschlusses der IX. General-Versammlung die Percente sowohl vom Darlehen selbst, als auch vom Verzuge der einzelnen nach diesem Beschlusse verfallenen zeitgerecht nicht bezahlten Raten vom Juni 1878 an auf 10 Percent jährlich erniedrigt wurden. Die weitere Ermässigung der solchergestalt zuerkannten Percente auf drei Percent, wie die Belangten begehren, war unmöglich, weil die nicht bezahlten Raten, wie oben dargethan, eine Capitalsforderung darstellen, und nach dem Inhalte des Schuldscheines die Schuldner an Jahreszinsen 12 Percent und im Verzugsfalle überdies 3 Percent von dem rückständigen Darlehensreste zu entrichten haben.

Dieser Rest beträgt 15 unbezahlte Raten, nach dem zur Klage beigeschlossenen beglaubigten Auszuge aus dem Darlehens-Contobuche der A, welchem eine gewisse Beweiskraft innewohnt (JMV vom 28. October 1865, RGB Nr. 100 und § 34 HGB) und wird dies durch das vorgelegte Quittungsbuch der Belangten selbst bestätigt. Die Einwendung, die Belangten hätten mehr abgestattet, als im Quittungsbuche bestätigt erscheint, insbesondere habe der Vertretungsleister D für

den Mitbelangten C auf Abschlag der eingeklagten und einer zweiten Forderung der A am 17. December 1874 den Betrag von 100 fl. zu Handen des Vorstandes des Drohobyczer Bezirksbureaus der Anstalt, E, abgezahlt, allein dieser habe denselben nicht quittirt, sondern das Geld veruntreut, wofür er strafgerichtlich abgeurtheilt wurde, ist nicht geeignet, den Schuldrest herabzumindern. Denn was E als zur Empfangnahme der Schuldabstattungen ermächtigter Anstaltsbeamter nicht quittirt, wenngleich percipirt hat, kann nicht als Zahlung zu Lasten der A veranschlagt werden, weil ein Dritter nur durch innerhalb der offenen Vollmacht vorgenommene Thätigkeiten des Machthabers Rechte wider den Machtgeber erlangt (§§ 1002, 1005, 1007 cit.). Als eine solche offene Vollmacht für den Bureauvorstand E gilt das Statut, welches die Schranken vorschreibt, innerhalb deren der Genannte die Geschäfte der Anstalt zu besorgen hatte; da er nun diese Schranken überschritt, so haftet der Machtgeber nur insoweit für sein Gebahren, als er das Geschäft genehmigt oder den aus demselben entspringenden Vortheil sich zugewendet hat (§§ 1007, 1009, 1016 cit.). Nun setzt jedoch der Art. 42 des Statuts fest, dass der Schuldner bei jeder Abstattung das Quittungsbuch behufs Bestätigung derselben mitzubringen und dasselbe ausschliesslich als Beleg der Abzahlungen zu gelten habe. Hat also E im Quittungsbuche des C Abstattungen nicht in derjenigen Ziffernhöhe bestätigt, in welcher sie D für C bezahlt haben soll, so kann die Anstalt hiefür selbst dann nicht verantwortlich gemacht werden, falls E diese Mehrabstattungen sich widerrechtlich angeeignet hätte, weil C nicht einmal behauptet, dass dieselben in die Cassa der A eingeflossen sind. Nachdem die Bücher der A darthun, dass dies nicht der Fall war, hat nur E selbst für die seinerseits veruntreuten Beträge aufzukommen, nicht aber die A, welcher gegenüber der Schuldner nicht die bei Abstattungen statutenmässig vorgeschriebenen Vorsichten beobachtet hat (§§ 1295, 1298, 1306 cit.). Die eingewendete Abstattung ist daher in diesem Stritte unentscheidend und war der hierüber durch die I. J. zugelassene Beweis durch den Haupteid zu übergehen (§ 281 wg. GO).

Ueber die Revision der Belangten hat der OGH in Abänderung der E. der beiden Untergerichte den angefochtenen Zahlungsauftrag nur bezüglich der eingeklagten 15 Raten zu 6 fl. sammt 3 Percent Verzugszinsen hievon seit dem 11. März 1886 bis zur wirklichen Abzahlung laufend in Kraft erhalten, jedoch bezüglich der Anforderung weiterer vom 8. Februar 1876 an laufenden 12 percentigen Interessen behoben.

Gründe:

Nach dem Darlehensvertrage unterliegt es keinem Zweifel, dass die in den fälligen Darlehensraten inbegriffenen 12percentigen Interessenquoten der dreijährigen Verjährung nach § 1480 cit. nicht unterliegen,

wie dies der Oberrichter zutreffend ausführte, weil jede fällige Capitalsrate mit den von dem Darlehensreste entfallenden vertragsmässigen Interessen (12 Percent) ein abgesondertes Capital darstellt, von welchem die vereinbarten Verzugszinsen gebühren. Sobald die Belangten die fälligen Raten zur gehörigen Zeit ordnungsmässig nicht gezahlt haben, fallen ihnen auch die vereinbarten Verzugszinsen zur Last und haben sie dieselben dem Gläubiger insoweit zu bezahlen, als sie der Verjährung nicht unterliegen (§ 1480 cit.). Belangend jedoch die eingeklagten Verzugszinsen per 12 Percent, respective 10 Percent, so konnten diesfalls nur 3 Percent Verzugszinsen von jeder fälligen Darlehensrate zugesprochen werden, weil die vereinbarten Verzugszinsen nach dem Vertrage nicht 12 Percent, beziehungsweise 10 Percent, sondern blos 3 Percent betragen und erscheinen die E. der Untergerichte diesfalls ungerecht. Die Einwendung der Theilabstattung per 100 fl. zu Handen des E war jedoch aus den vom Oberrichter beigebrachten Gründen nicht zu beachten.

2555.

Der Umstand, dass zur Zeit der Einbringung einer Uebersiedlungsanzeige gegen die betreffenden Advocaten beim Disciplinarrathe der Advocatenkammer eine Disciplinaruntersuchung anhängig war, ist ein hinreichender Grund, um die Annahme der Uebersiedlungsanzeige zu verweigern.

E. v. 26. Jänner 1892, Z. 694. — (JZ 23 ex 92, Seite 207.)

Der Ausschuss der steiermärkischen Advocatenkammer hat die Anzeige des Advocaten X über die in Aussicht genommene Uebersiedlung desselben nach B in Krain in der Erwägung, dass gegen X vor dem Disciplinarrathe der steiermärkischen Advocatenkammer eine Verhandlung im Zuge ist, dermalen nicht an- und zur Kenntniss genommen.

Gegen diese E. hat X die Berufung ergriffen, welche mit E. der Vollversammlung der steiermärkischen Advocatenkammer verworfen wurde.

Der OGH hat der vom Advocaten X gegen diese E. eingebrachten Berufung keine Folge gegeben, und zwar aus folgenden

Erwägungen:

Bei Beurtheilung der Frage über die Wirkungen einer anhängigen Disciplinarverhandlung auf das dem Advocaten nach § 21 der AO vom 6. Juli 1868, RGB Nr. 96, zustehende Recht zur Aenderung seines Wohnsitzes muss in Ermangelung einer hierüber bestehenden ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung auf die allgemeinen Anordnungen des Gesetzes in Ansehung der Aufsicht über die Advocaten, Rücksicht genommen werden.

Nach den §§ 22 und 23 AO und § 1 des Disciplinarstatuts vom 1. April 1872, RGB Nr. 40, kommt die Beaufsichtigung und Ueberwachung des Advocaten jener Kammer, beziehungsweise deren Ausschusse zu, in deren Sprengel der betreffende Advocat seinen Wohnsitz hat, woraus sich ergibt, dass mit der Aenderung des Wohnsitzes das Recht und die Verbindlichkeit zur Aufsicht über den Advocaten seitens jeder Kammer erlischt, in deren Sprengel der Advocat seinen Wohnsitz aufgegeben hat. Da die Disciplinargewalt der Kammer, beziehungsweise ihres Disciplinarrathes nur ein Ausfluss des ebenerwähnten Aufsichtsrechtes ist, so fällt mit dem Erlöschen des letzteren auch jenes der Disciplinargewalt zusammen, uud kann eine solche gegen den in einen fremden Sprengel übersiedelten Advocaten nicht mehr ausgeübt werden. Auch die Vorschrift des § 26 des Disciplinarstatuts, obschon dieselbe nur eine Competenzbestimmung enthält und sich über die Fortdauer der Disciplinargewalt im Falle der Uebersiedlung des Advocaten in einen anderen Kammerbezirk nicht ausspricht, steht dieser Auffassung nicht entgegen, bekräftigt vielmehr dadurch, dass ohne Unterschied auf den Sprengel der begangenen Pflichtverletzung der Disciplinarrath jener Kammer als zuständig bezeichnet wird, welcher der Beschuldigte zur Zeit der Anzeige gehört. Es kann ferners nicht ausser Beachtung bleiben, dass die Bestimmung des § 30, Alinea 2 der für die Kammermitglieder bindenden Geschäftsordnung der steiermärkischen Advocatenkammer sinngemäss nicht nur auf die in den Kammersprengel übersiedelnden, sondern auch auf die daraus scheidenden Advocaten in Anwendung zu gelangen hat.

Die angefochtene E. erscheint daher sowohl durch deren Begründung, als auch durch die vorstehenden Erwägungen gerechtfertigt und musste deshalb unter Verwerfung der dagegen eingebrachten Berufung bestätigt werden.

2556.

Insolange das Beweisverfahren im Civilprocesse nicht geschlossen ist, muss dem Gesuche eines Zeugen um Ergänzung seiner gemachten Aussage stattgegeben werden.

E. v. 26. Jänner 1892, Z. 777. — (GH 15 ex 92, Seite 129.)

I. BG Prag.
II. OLG Prag.

Die I. J. hat dem Gesuche des C um neuerliche Einvernahme als Zeuge zur Ergänzung seiner in der Rechtssache des A gegen B pcto. 1514 fl. 81 kr. laut Protocolls abgegebenen Zeugenaussage keine Folge gegeben in der Erwägung, dass die Angaben des Zeugen demselben nach erfolgter Protocollirung vorgelesen und von diesem als richtig, erschöpfend erklärt und mit seiner Unterschrift bekräftigt wurden, dass dessen Angaben

auch von dem das Verhör leitenden Richter als erschöpfend anerkannt wurden und Anträge von den Parteien auf Ergänzung oder Erläuterung dieser Aussagen durch Formulirung weiterer Fragen nicht gestellt wurden.

Dem Recurse des C, den dieser gemeinschaftlich mit dem Geklagten B eingebracht hatte, hat das OLG Folge gegeben und den angefochtenen B. dahin abgeändert, dass dem Gesuche des C stattgegeben und dem BG die fortgesetzte Einvernahme dieses Zeugen behufs Ergänzung seiner Aussagen verordnet werde, weil weder zur Zeit des Ansuchens des C, noch jetzt die Zeugenbeweisaufnahme im Sinne des § 171 AGO und JME vom 16. December 1851, RGB Nr. 258, geschlossen erscheint; weil, so lange dies nicht der Fall ist, weder § 166 AGO, noch das Hofd. v. 30. November 1810 gegenüberstehen, da das letztere die Vervollständigung oder Berichtigung einer Zeugenaussage blos nach geschlossener Abhörung der Zeugen verbietet und weil durch die Zulassung der Vervollständigung oder Berichtigung einer Zeugenaussage der Beurtheilung ihrer Beweiskraft nicht vorgegriffen wird.

Der OGH hat über die Nullitätsbeschwerde und den o. Revisionsrecurs des Klägers A unter Verwerfung der Nullitätsbeschwerde dem o. Revisionsrecurse keine Folge gegeben aus den von der II. J. geltend gemachten Gründen und in der weiteren Erwägung, dass aus dem Gesuche des Zeugen C nicht zu entnehmen, in welcher Richtung er seine abgelegte Aussage ergänzen wollte, ferner in der Erwägung, dass die Beurtheilung, ob die nachträgliche Aussage dieses Zeugen als eine Ergänzung seiner früheren Aussage aufzufassen oder einen durch das Beiurtheil nicht zugelassenen neuen Umstand betreffe, der E. in der Hauptsache vorzubehalten ist, endlich in der Erwägung, dass dem Recurrenten gemäss § 20 Proc.-Nov. das Recht zusteht, dem Zeugen diejenigen Fragen stellen zu lassen, welche er zur Erläuterung oder Ergänzung seiner Aussage für nothwendig erachtet.

2557.

Dem bestellten Ex offo-Vertreter einer Partei steht das Recht zu, gegen seine Bestellung zu recurriren.

E. v. 26. Jänner 1892, Z. 877. — (GH 10 ex 92, Seite 82.)

I. Advocatenkammer Prag.
II. OLG Prag.

Dr. A, der vom Ausschusse der Advocatenkammer in Prag zum Substituten des Ex offo-Vertreters der Herbergsleute von M in deren Rechtsstreiten gegen das Realfideicommiss N wegen Anerkennung des Rechtes zum Sammeln des Klaubholzes und der Streu bestellt wurde, recurrirte gegen seine Bestellung. Sowohl der Ausschuss der Advocatenkammer wie das OLG verwarfen den Recurs in der Erwägung, dass § 16

Al. 3 NO für den Fall der Verweigerung der Bewilligung eines Ex offo-Vertreters blos der hierdurch benachtheiligten Partei, für den Fall der Bewilligung jedoch Niemandem ein Beschwerderecht einräume. Der OGH gab dem a. o. Revisionsrecurse statt und leitete die Vorlage desselben an das OLG behufs meritorischer Erledigung zurück in der Erwägung, dass aus § 16 Al. 3, nach welchem gegen die Verweigerung der Bewilligung eines Armenvertreters der hierdurch benachtheiligten Partei der Recurs zusteht, in keiner Weise der Schluss folgt, dass nicht auch der unentgeltliche Vertreter gegen seine Bestellung sich beschweren könne.

2558.

Die Einwendung der Belangten, dass die Demolirung von ihnen nur in ihrer Eigenschaft als Organe der Ortspolizei bewirkt wurde, ist strikt documentarisch zu erweisen.

E. v. 26. Jänner 1892, Z. 850. — (Przegl. IV ex 92, Seite 97.)
I. BG Mszana dolna.
II. OLG Krakau.

Der Klage des A wider B und C wegen Besitzstörung durch Demolirung der gegen Norden gelegenen Wand seines Holzschupfens hat die I. J. stattgegeben, weil der thatsächliche Besitz an Seite des A durch den Localaugenschein, die Störung hingegen durch das Geständniss der Belangten erwiesen ist; die Behauptung der letzteren, dass der streitige Theil der Bau-Area, auf welchem die durch A bewirkte Erweiterung jenes Schupfens stattfand, in den sogenannten Todtengräbergrund hineinfalle, wäre nur im ordentlichen Rechtswege entscheidend, und die fernere Einwendung derselben, dass sie die Demolirung jener Wand nur in ihrer Eigenschaft als Ortsobrigkeit, nämlich B als Gemeindevorsteher und C als Gemeinderath, in Ausübung der Polizeigewalt deshalb vorgenommen haben, weil A zu dieser Erweiterung keinen Bauconsens bei der Gemeindebehörde eingeholt und dieselbe sogar gegen das Verbot des B als Gemeindevorstehers bewerkstelligt hat, deshalb keine Berücksichtigung verdient, weil A sich mit der schriftlichen Bewilligung des Vorstandes des Gutsgebietes ddto. 26. Mai 1891 zu dieser Erweiterung ausgewiesen hat und jene Demolirung überdies ohne vorherige Befolgung jener Förmlichkeiten in's Werk gesetzt wurde, welche die derzeit geltenden administrativen Vorschriften den Gemeindebehörden auferlegen.

Ueber Recurs der Belangten hat die II. J. die E. der I. J. behoben und den A mit seiner Klage an die zuständige Administrativbehörde gewiesen, weil A von der Ortspolizeibehörde keinen Consens zur Erweiterung des im Stritte stehenden Holzschupfens verlangt hat, dagegen die vom A vorgelegte Bewilligung seitens des Vorstandes des Gutsgebietes deshalb unentscheidend ist, weil die betreffende Grundarea des A, ob-

wohl vom Gutsgebiete beziehungsweise dem landtäflichen Grundbesitze herstammend und erworben, dennoch schon aus dem letzteren ausgeschieden und in das Grundbuch der Katastralgemeinde Mszana dolna übertragen worden ist, daher B und C innerhalb ihrer Competenz als Organe der Ortspolizei gehandelt haben und sohin nicht das Gericht, sondern nur deren vorgesetzte Oberbehörde zur E. vorliegender Streitsache zuständig erscheint.

Dem Revisionsrecurse des A willfahrend, hat der OGH die angefochtene E. II. J. behoben und derselben verordnet, mit Absehen von der vermeintlichen Incompetenz den Appellationsrecurs der Belangten zu erledigen; denn die Belangten behaupten, dass A den Holzschupfen, beziehungsweise eine Wand desselben, auf einer der Gemeinde gehörigen und von ihr dem jeweiligen Todtengräber zur Benützung überlassenen Grundarea errichtet hat, welche die Belangten im Namen der Gemeinde, von der Selbsthilfe Gebrauch machend, im Sinne des § 339 ABG demolirten. Es geht also um Privatrechte, betreff deren das Gericht zu entscheiden hat, und es wird dieser Sachverhalt durch die Einwendung, dass die Belangten als Organe der Ortspolizei die Demolirung wegen Nichteinholung des Bauconsenses bewirkt haben, nicht alterirt, weil sie kein Document vorgelegt haben, aus welchem hervorginge, dass die Demolirung jener Wand in Ausübung der Amtsgewalt der Gemeindebehörde erfolgte.

2559.

Der politische Wohnungsconsens bietet noch nicht den Beweis dafür, dass eine Wohnung entsprechend sei.

E. v. 26. Jänner 1892, Z. 484. — (JB 18 ex 92, Seite 215.)

I. BG Tetschen.
II. OLG Prag.

Mittelst vormundschaftsbehördlich genehmigten Erbvergleiches war zwischen der erblasserischen Witwe A und dem Sohne B des Erblassers aus erster Ehe vereinbart worden, dass der A auf die Dauer der Witwenschaft und ihren drei Kindern auf die Dauer der Minderjährigkeit ein Wohnungsrecht eingeräumt werde, und zwar insolange, bis B in einem besonderen Anbau ein entsprechendes Wohnzimmer für A und ihre drei Kinder hergestellt haben werde; dann solle dieses Wohzimmer der A und ihren drei Kindern eingeräumt werden. B hat sonach in einem Anbau zur Nachlassrealität ein Zimmer hergestellt, den Bewohnungsconsens hiefür erhalten und es der A zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit eingeräumt. Mittelst des von A zum ewigen Gedächtniss geführten Beweises wurden jedoch derartige Mängel dieses Gemaches festgestellt, dass dasselbe nicht als entsprechendes Wohnzimmer für A und ihre drei minderjährigen Kinder

befunden wurde. A bezog das Zimmer sohin nicht und belangte in Gemeinschaft mit dem Vormunde ihrer drei Kinder den B, er sei schuldig anzuerkennen, dass das von ihm im Anbau . . . als Wohnzimmer für A und ihre drei minderjährigen Kinder hergestellte Local nicht entspreche und als Wohnung für dieselben nicht geeignet ist; B sei schuldig, ein entsprechendes Wohnzimmer für die Genannten herzustellen und denselben zu übergeben; auch habe er die Strittkosten zu ersetzen; das Alles binnen 14 Tagen bei Executionsvermeidung.

Die I. J. hat der Klage vollinhaltlich stattgegeben, für die Herstellung und Uebergabe des Wohnzimmers jedoch keine Frist gesetzt, weil die Abmachungen des Erbvergleiches ganz den Charakter eines Vertrages haben, weshalb auch zur Beurtheilung der Rechtswirkung desselben die privatrechtlichen Bestimmungen insbesondere der §§ 1380 bis 1391 ABG, aber auch die übrigen Bestimmungen des ABG hierauf anzuwenden sind. In dieser Richtung muss zunächst auf § 901 ABG verwiesen werden, wornach vorliegend auf den an Seite des Geklagten bei Abschluss dieses Erbvergleiches angeblich vorhandenen Beweggrund, weil nicht ausdrücklich zur Bedingung gemacht, keine Rücksicht genommen werden kann. Auch die berufene Zeugenschaft des Abhandlungsrichters ist nach § 887 ABG unzulässig und müssen auf den vorliegenden Erbvertrag sohin ausschliesslich die Auslegungsregeln des § 914 und ff. ABG in Anwendung gebracht werden, demgemäss zunächst die Rechtsregel des § 6 ABG — das ist die wort- und sinngetreue Auslegung — gilt. Bei Anwendung dieses Grundsatzes kann nun die die Frage des Wohnungsausgedinges der A regelnde Bestimmung nur dahin aufgefasst werden, dass sich der Geklagte verpflichtete, bei Herstellung des zweifelsohne schon zur Zeit der Abhandlungspflege über den Nachlass nach seinem Vater X in Aussicht genommenen Umbaues des Hauses auf die Herstellung eines Wohnzimmers für die Witwe A und deren drei minderjährige Kinder Bedacht zu nehmen und den Genannten dieses Zimmer zur Benützung einzuräumen. Wenn sohin erwogen wird, dass sowohl durch das Augenscheinsprotocoll als auch durch das eigene Zugeständniss des Geklagten erwiesen ist, dass derselbe den in Frage gestandenen Umbau bereits vollendet hat, so ist kein Zweifel, dass der vertragsmässig zur Ausübung dieser Wohnungsdienstbarkeit in der zu eben diesem Zwecke hergerichteten Wohnstube in Aussicht genommene und vertragsmässig bestimmte Zeitpunkt bereits gekommen ist und sohin die Kläger das Recht der Ausübung dieses Fruchtgenusses in der durch den Erbvergleich geregelten Weise in Anspruch nehmen können. In diesem wiederholt berufenen Erbvergleiche ist jedoch ausdrücklich bedungen, dass Geklagter ein „entsprechendes“ Wohnzimmer herrichte, und durch das obbezogene Augenscheinsprotocoll ist in processualisch vollständig bewirkender Weise durch die einhellige Aussage zweier Kunstverständiger gemäss § 196 AGO

erwiesen, dass sich das von dem Kläger zu dem in Frage stehenden Zwecke hergestellte Locale zu einer Wohnung nicht eignet, insbesondere nicht für eine Familie wie jene der Kläger. Gegen diesen Beweis kann sich der Geklagte mit irgend welchem Rechte keineswegs auf den gegebenen Wohnungsconsens berufen und es müssen auch die diesfalls angebotenen Beweise als unzulässig zurückgewiesen werden, weil der politische Consens lediglich die öffentlich-rechtlichen Fragen — die möglicherweise mit privatrechtlichen parallel laufen können, aber aufliegend nicht congruent mit denselben sein müssen — im Auge hat. Bei dieser Sachlage muss das Klagspetit als in die allgemeinen Bestimmungen über Verträge gegründet anerkannt und demgemäss der Klage stattgegeben werden. Hierbei muss noch hervorgehoben werden, dass die Kläger das Klagebegehren nicht dahin richteten, dass richterlicherseits die Frist, bis zu welcher Geklagter das Wohnzimmer entsprechend herzustellen und zu übergeben habe, bestimmt werde, daher auch hierüber nach § 248 AGO eine Bestimmung in das U. nicht aufgenommen werden kann.

Ueber Appellation des Geklagten hat die II. J. das erstrichterliche U., „insoferne damit erkannt wurde, B sei schuldig anzuerkennen, dass das Wohnzimmer nicht entspreche, und als Wohnung nicht geeignet sei", bestätigt, im Uebrigen jedoch abgeändert und die Schlussbitte der Klage, B sei schuldig, ein entsprechendes Wohnzimmer herzustellen und zu übergeben, und dies binnen 14 Tagen bei sonstiger Execution, abgewiesen, weil aus der (auf dem Erbvergleiche fussenden) Einantwortungsurkunde nach X sich ergibt, dass der Geklagte keineswegs die Verpflichtung hat, den Klägern eine besondere Wohnstube im neuen Anbau herzustellen, sondern dass ihm nur das Recht hierzu gewahrt wurde, indem er den Klägern das Recht zur Mitbenützung der gemeinschaftlichen Wohnstube und der ober dem Stalle befindlichen Bodenkammer nur insolange zugewiesen habe, bis er von seinem Rechte, denselben ein entsprechendes Wohnzimmer im neuen Anbau seines Hauses anzuweisen, Gebrauch machen werde, und kann aus dieser Urkunde nicht gefolgert werden, dass den Klägern das Recht eingeräumt wurde, ein besonderes Wohnzimmer im neuen Anbau des Hauses zu beanspruchen. Wenn auch der neue Anbau fertiggestellt wurde und den Klägern ein Local zur Wohnung eingeräumt worden ist, so ist durch den Sachverständigenbefund erwiesen, dass dieses Local wegen Mangel an genügendem Licht und wegen Feuchte der Wände auf keinen Fall zu einer Wohnung für die Kläger geeignet ist. Es ist demnach der laut Einantwortungsurkunde vorgesehene Fall, dass der Geklagte den Klägern im neuen Anbau eine entsprechende Wohnung eingeräumt hat, nicht eingetreten und es haben die Kläger, da ihnen die Wohnung nicht entsprochen hat, nur das Recht der Mitbenützung der gemeinschaftlichen Wohnung und der ober dem Stalle befindlichen Bodenkammer oder nur das Recht, zu verlangen, dass durch geeignete Mittel

die Wohnung in den gehörigen Stand, dass dieselbe entsprechend benützt werden könne, gesetzt werde. Der Anspruch, dass ein entsprechendes Wohnzimmer für die Kläger herzustellen und ihnen zu übergeben sei, steht ihnen nicht zu, weil, wie aus den Strittacten hervorgeht, in dem von B aufgeführten Anbau ein geeignetes Local hiezu nicht vorhanden ist. Es war demnach der Klagsanspruch, insoferne er auf die Herstellung und Uebergabe eines entsprechenden Wohnzimmers gerichtet ist, als unbegründet abzuweisen. Mit Recht hat dagegen der erste Richter dem Klagebegehren auf die Anerkennung, dass das von dem Geklagten als Wohnzimmer für die Kläger hergestellte Local nicht entspricht und als Wohnung für dieselben nicht geeignet sei, stattgegeben, weil Kläger mittelst des Beweises zum ewigen Gedächtnisse durch Sachverständige erwiesen haben, dass das in dem Anbau hergestellte Wohnzimmer in keinem Falle sich zu einer Wohnung und am allerwenigsten für eine Frau mit drei Kindern eignet, weil somit dasselbe als ein den Klägern entsprechendes nicht angesehen werden kann.

In der gegen diese E. von A erhobenen Revisionsbeschwerde wurde hervorgehoben, dass die in der Nachlassrealität der A und ihren Kindern zur gemeinschaftlichen Mitbenützung zugewiesene Wohnstube laut den Acten gar nicht mehr bestehe, von B vielmehr bei dem Umbau seines Hauses eingerissen worden ist.

Der OGH hat die E. II. J. in dem reformirenden Theile abzuändern, diesfalls das erstrichterliche U. wieder herzustellen befunden, und zwar mit der Ergänzung, dass die dem B aufgetragene Herstellung und Uebergabe eines entsprechenden Wohnzimmers binnen 14 Tagen bei Execution zu erfolgen habe.

Gründe:

Die beiden Untergerichte haben übereinstimmend ausgesprochen, es sei der Geklagte schuldig, anzuerkennen, dass das von ihm im Anbau des Hauses als Wohnzimmer für die Kläger d. i. für A und ihre minderjährigen drei Kinder hergestellte Locale nicht entspreche und als Wohnung für dieselben nicht geeignet ist. Von dieser gemäss § 258 AGO feststehenden Thatsache ist bei der Beurtheilung des weiteren Klagebegehrens auszugehen, welches das Erkenntniss anstrebt, dass B schuldig sei, ein entsprechendes Wohnzimmer für die genannten Kläger herzustellen und denselben zu übergeben. Mit vollem Grunde wurde auch diesem Begehren von der I. J. stattgegeben. Die dagegen in der Appellation des B geltend gemachten Umstände sind nicht geeignet, die diesbezüglichen Gründe des ersten Richters — auf welche hier verwiesen wird, zu erschüttern, wenn erwogen wird, dass nach Inhalt der Einantwortungsurkunde zwischen A und B ein rechtswirksamer Vertrag geschlossen wurde, laut welchem nach Herstellung des Anbaues an die Stelle des früheren Rechtes der Kläger

das eingeklagte Recht treten sollte, und wenn weiter in Betracht gezogen wird, dass durch die besagte Einantwortungsurkunde das Rechtsverhältniss zwischen den Parteien in Ansehung der Wohnungsservitut genau bestimmt ist, und die Einwendung des Geklagten, ob bei der Abhandlung der Verlassenschaft des Vaters X von Seite des Geklagten die Einräumung dieser Dienstbarkeit entgeltlich oder unentgeltlich erfolgt ist, heute nicht mehr zur Erörterung gelangen kann. Dadurch, dass B einen Umbau seines Hauses vorgenommen hat, wobei die früher gemeinschaftliche Wohnstube eingerissen und ein neuer Anbau hergestellt wurde, ist das in der Einantwortungsurkunde den Klägern vorbehaltene Recht auf die Einräumung des Wohnungsrechtes in dem Wohnzimmer des neu herzustellenden Anbaues wirksam geworden; am allerwenigsten kann diesem Klagsanspruche die Einwendung mit Erfolg entgegengestellt werden, dass B den Klägern das in diesem Anbau befindliche Wohnzimmer zur Ausübung ihres Wohnungsrechtes noch nicht angewiesen habe, weil B zugegeben hat, dass er das Wohnzimmer in dem Anbaue für die Kläger bestimmt hatte und er erklärte, dass die A ihre angebaute Wohnung beziehen kann. Auf die in Betreff der räumlichen Zugänglichkeit dieser Wohnung erhobene und dahin lautende Einwendung, dass von den Sachverständigen gelegentlich der Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtnisse ausgesprochen wurde, dass das fragliche Wohnzimmer hinreichend geräumig sei, muss erwidert werden, dass das Gutachten der Sachverständigen dahin geht: „dass dieses Locale sich auf keinen Fall zu einer Wohnung eignet, am allerwenigsten für drei Kinder, von denen zwei die Schule besuchen und unbedingt genügend Licht für ihre Schularbeiten benöthigen, und dass sich die Möglichkeit, dass dieser Raum für die in Rede stehenden vier Personen wohnbar werden könnte, nicht bestreiten lasse.“ Es ist somit Sache des B, darauf bedacht zu sein, in welcher Weise derselbe seine, dem Rechte der Kläger entsprechende Vertragsverbindlichkeit, für die Kläger ein entsprechendes Wohnzimmer herzustellen, auszuführen habe. Hierin findet eine Lösung auch der weitere Einwand, des Geklagten, dass das U. im allerungünstigsten Falle nur dahin lauten könnte, dass der Geklagte schuldig sei, die von den Sachverständigen constatirten Mängel zu beheben, und bezüglich, dass dem Geklagten lediglich die Behebung der dem Einfalle des Lichtes entgegenstehenden Hindernisse aufgetragen werden könnte. Wenn das OLG in seinen Gründen hervorhebt, dass die Kläger, da ihnen die Wohnung (im neuen Anbau) nicht entsprochen hat und das Recht der Mitbenützung der gemeinschaftlichen Wohnung von den Geklagten nicht bestritten worden ist, nur das Recht haben, zu verlangen, dass durch geeignete Mittel die Wohnung in den gehörigen Stand, dass dieselbe entsprechend benützt werden könne, gesetzt werde, dass aber den Klägern der Anspruch, dass ein entsprechendes Wohnzimmer für sie herzustellen und ihnen zu übergeben sei, nicht zustehe, weil in dem vom Geklagten aufgeführten Anbau ein geeignetes

Local hierzu nicht vorhanden ist, so übersicht das OLG, dass die frühere gemeinschaftliche Wohnstube beim Umbau des Hauses niedergerissen wurde und nicht mehr besteht, und dass nach der in der obbezogenen Einantwortungsurkunde zum Ausdruck gebrachten Vertragsbestimmung durch die Aufführung des Anbaues das Recht der Kläger auf die Mitbenützung der ober dem Stalle gelegenen Kammer und der gemeinschaftlichen Wohnstube entfallen ist. Aus diesen Erwägungen musste der Revision der Kläger Folge gegeben und in Abänderung des obergerichtlichen Reformaturtheils das U. der I. J. in dem den Gegenstand der Beschwerde bildenden Spruche mit der demselben beigefügten Ergänzung bestätigt werden, weil die Bestimmung der Frist nach § 299 AGO gerechtfertigt ist und die Annahme des ersten Richters, dass die Kläger das Klagebegehren nicht dahin richteten, dass richterlicherseits die Frist, bis zu welcher Geklagter das Wohnzimmer entsprechend herzustellen und zu übergeben habe, bestimmt werde, den Thatsachen nicht entspricht, zumal die Kläger in der Klage ausdrücklich das Begehren gestellt haben, dass der Geklagte schuldig sei, sämmtliche Klagsansprüche binnen 14 Tagen zu leisten.

2560.

Zwischen Ehegatten oder nahen Verwandten abgeschlossene Veräusserungsverträge über Vermögensobjecte sind nur unter der Voraussetzung ein Object der Anfechtung, dass sich aus dem bezüglichen Vertrage ein unmittelbarer Nachtheil für die Gläubiger ergeben hat.

E. v. 27. Jänner 1892, Z. 15200. — (JZ 27 ex 92, Seite 253.)

A hat gegen X eine executionsfähige Forderung per 180 fl. zu stellen. Die wegen dieser Forderung gegen X geführte Mobiliarexecution blieb ohne Erfolg. Laut Notariatsactes vom 19. September 1889 hat X an diesem Tage die ihm gehörige Eigenthumshälfte an einer Realität um den Kaufpreis von 800 fl. seiner Gattin B gegen dem verkauft, dass diese die auf der verkauften Realität versicherte Forderung des J. per 800 fl. in der Weise übernahm, dass sie dieser Schuld als Bürgin und Zahlerin beitrat und sich zur Zahlung solidarisch mit ihrem Gatten verpflichtete. Kläger hat laut B. vom 31. August 1889 auch wegen einer Zinsenforderung per 120 fl. auf der damals dem X gehörigen obbezeichneten Eigenthumshälfte das executive Pfandrecht erwirkt. A strengte nun gegen B die Klage mit dem Begehren auf Anerkennung der Rechtsunwirksamkeit der auf Grund des erwähnten notariellen Kaufvertrages erwirkten Eigenthumseinverleibung an und behauptete, dass der Kaufpreis dem Werthe des Verkaufsobjectes als einem viel höheren nicht entspreche, und dass der vereinbarte Kaufschilling per 800 fl. in Wirklichkeit nicht so hoch sei,

der Kaufpreis vielmehr nur durch Uebernahme einer Bürgschaft für eine Schuld des X per 800 fl. berichtigt erscheint, ohne dass der letztgenannte aus der Haftung entlassen worden wäre.

Die I. J. hat das Klagebegehren abgewiesen, weil durch das Ergebniss des Sachverständigenbeweises erwiesen ist, dass der vereinbarte Kaufpreis dem thatsächlichen Werthe des Kaufobjectes entspricht. Die Frage, ob der Kaufpreis, wenn gleichwohl X aus der Haftung nicht entlassen worden ist, in der Höhe von 800 fl. anzunehmen sei, ist gegenstandslos; denn angenommen den Fall, X wäre noch Eigenthümer der Realität, so wäre die Forderung per 180 fl. aus dem Werthe derselben nicht zur Deckung gelangt, nachdem nicht nur die Forderung per 800 fl., sondern auch die weitere Forderung des A per 120 fl. vorausgegangen ist. Da daher von einer Benachtheiligung des A nicht gesprochen werden kann, so wird auch die Art und Weise der Berichtigung des Kaufpreises von 800 fl. unwesentlich, und wurde demnach das Klagebegehren mangels der Voraussetzung des § 30, Absatz 4 des Ges. vom 16. März 1884, RGB Nr. 36, zurückgewiesen.

Das OLG hat dieses U. abgeändert und dem Klagebegehren vollinhaltlich stattgegeben, denn Kläger hat nach den vorliegenden Feststellungen gemäss § 30 des AG darzuthun, dass er durch den Abschluss des fraglichen Vertrages benachtheiligt worden sei, und würde der Geklagten, um die Anfechtung auszuschliessen, obliegen, zu erweisen, dass ihr eine Absicht ihres Gatten X, seine Gläubiger zu schädigen, nicht bekannt war. Durch den fraglichen Betrag hat X sein werthvollstes Vermögensobject dem Zugriffe der Gläubiger entzogen. Im Hinblicke auf den allgemeinen Wortlaut der Bestimmung des § 30, Z. 4 des AG und die derselben zu Grunde liegende Absicht, selbst entgeltliche Verträge mit nahen Verwandten innerhalb der einjährigen Frist hintanzuhalten, ist schon in einer solchen Veräusserung an und für sich eine nach dem Gesetze unstatthafte Benachtheiligung der Gläubiger zu erblicken, ohne dass gegenwärtig zu untersuchen und bezüglich festzustellen ist, ob eine zwangsweise Veräusserung des Vermögensobjectes zu einer vollständigen oder doch theilweisen Befriedigung des Klägers geführt hätte, eine Untersuchung, die ein ganz verlässliches Resultat in keinem Falle liefern kann. Der stattgehabte Verkauf ist umsomehr als eine Benachtheiligung der Gläubiger aufzufassen, als X hiefür gar keinen Gegenwerth erhielt und nicht einmal aus der Personalhaftung in Betreff der Tabularforderung per 800 fl. entlassen wurde. Der Verkaufspreis der fraglichen Realität könnte nur bei Anfechtung des Vertrages nach § 30, Z. 1 des AG in's Gewicht fallen. Dagegen hat die Geklagte auch nicht im entferntesten erwiesen, dass ihr eine Absicht des X, seine Gläubiger überhaupt zu schädigen, nicht bekannt war, und ist vielmehr das Gegentheil nach der Actenlage als dargethan anzusehen.

Der OGH hat das U. II. J. abgeändert und jenes des ersten Richters wieder hergestellt, in der Erwägung, dass die Ansicht des oberen Richters, dass schon in der entgeltlichen, zwischen nahen Verwandten abgeschlossenen Veräusserung eines Vermögensobjectes an und für sich eine nach § 30 des Ges. vom 16. März 1884, RGB Nr. 36, unstatthafte Benachtheiligung der Gläubiger zu erblicken sei, ohne dass gegenwärtig zu untersuchen wäre, ob eine zwangsweise Veräusserung des Vermögensobjectes zu einer vollständigen oder theilweisen Befriedigung des Anfechtungsgläubigers geführt hätte, dem klaren Wortlaute und der Absicht des Gesetzes widerspricht. Denn die im § 30 vorkommenden Worte: „sofern durch den Abschluss des Vertrages die Gläubiger benachtheiligt werden“, lassen keinen Zweifel darüber aufkommen, dass der angefochtene Vertrag unmittelbar für die Gläubiger des Schuldners nachtheilig sein muss. Dies ist bezüglich des Abtretungsvertrages vom 19. September 1889 nicht der Falll, indem Kläger, wie der erste Richter schon nachgewiesen hat, durch den Abschluss desselben in keiner Weise benachtheiligt wurde.

2561.

Auch nur eine einzige schwere Misshandlung genügt zur Begründung des Scheidungsbegehrens.

E. v. 27. Jänner 1892, Z. 201. — (JB 44 ex 92, Seite 527.)

Die A belangte den B auf Scheidung von Tisch und Bett und führte in der Klage an, dass er sie am 2. December 1889 in den Kopf und die Brust geschlagen, sie an den Haaren auf der Erde herumgezerrt hat, und dass er sie oft empfindlich beschimpft habe. Zum Beweise der Misshandlungen legte die A ein U. vor, mit welchem B wegen § 411 StG mit einer Rüge bestraft wurde.

Die I. J. erkannte auf den Haupteid über die erfolgte Misshandlung mit nachstehender

Begründung:

Die Klägerin führt an, dass sie wegen des Vergehens ihres Gatten denselben beim BG geklagt hat und legt das U. dieses Gerichtes vor, mit welchem der Geklagte der Uebertretung des § 411 StG, beziehungsweise § 419 StG, begangen dadurch, dass er am 2. December 1889 seine Gattin so misshandelte, dass daraus sichtbare Merkmale und Folgen, nämlich der Verlust von Haaren entstanden, schuldig erkannt wurde. Dieses U. bildet jedoch nur einen Beweis über die Folgen des grausamen Vergehens, dessen sich der Geklagte gegen seine Gattin schuldig gemacht hat, keineswegs aber über das brutale Vergehen selbst, nämlich über die Handlungen, aus denen Folgen für die Gesundheit und die Sicherheit des Lebens ent-

stehen. Es musste somit auf die über das brutale Vergehen angebotenen Beweise, und da der Zeugenbeweis misslungen ist, weil in dieser Handlungsweise des Geklagten ein Scheidungsgrund nach § 109 ABG gelegen ist, auf den Haupteid erkannt werden.

Ueber Appellation der Klägerin änderte die II. J. die E. I. J. und erkannte nach dem Begehren der Klägerin mit folgender

Begründung:

Mit dem bezirksgerichtlichen Strafurtheile wurde der Geklagte schuldig erkannt, dass er am 2. December 1889 seine Gattin so gequält, dass diese Misshandlung sichtbare Zeichen und Folgen, nämlich den Verlust von Haaren hinterliess, wodurch sich der Geklagte der Uebertretung des § 419 StG schuldig gemacht hat und mit einer Rüge bestraft wurde. Hierdurch ist der Beweis erbracht, dass der Geklagte mit seiner Gattin so schlecht verfahren ist, dass daraus zwar keine schwere körperliche Beschädigung im Sinne des Strafgesetzes, doch aber eine leichte entstand und hierdurch ist der Grund erwiesen, aus welchem gemäss § 109 ABG auf Scheidung erkannt werden kann. Gemäss dieser gesetzlichen Bestimmung kann auf Scheidung unter Anderem erkannt werden aus schlechter Behandlung des klagenden Ehegatten, und ist es dem richterlichen Ermessen überlassen, wenn im Sinne des Gesetzes in concreto von einer schlechten Behandlung gesprochen werden kann. Schwere Misshandlung im Sinne des Gesetzes kann auch in einem gewaltthätigen Handeln gegen die Ehegattin gelegen sein. Wenn nun erwogen wird, dass im vorliegenden Falle erwiesen ist, dass der Geklagte seine Gattin am 2. December 1889 in solcher Weise misshandelte, dass er ihr sogar Haare aus dem Kopfe gerissen hat, so ist daraus klar, das mit der Klägerin in überaus roher und gewaltthätiger Weise verfahren wurde, und hierdurch ein Zusammenleben mit dem Geklagten ausgeschlossen ist. Uebrigens gesteht der Geklagte zu, dass es nicht zum ersten Male ist, dass er mit seiner Gattin so verfuhr, sondern gibt in seiner Appellationsbeschwerde zu, einige Tage vor dem 2. December 1889 mit seiner Gattin auf ähnliche Weise verfahren zu haben. Hierdurch ist die Scheidungsursache erwiesen und bedarf es keines weiteren Beweises. Insbesondere genügt auch eine einzige Misshandlung und ist es unrichtig, wenn der Geklagte behauptet, dass die Klägerin nachweisen müsse, dass der Geklagte mit seiner Gattin öfter schlecht verfahren sei. Es musste demnach über Appellation der Klägerin das erstrichterliche U. abgeändert und unbedingt nach dem Klagebegehren erkannt werden, zumal es nicht richtig ist, wenn der erste Richter meint, dass das Strafurtheil nur Beweis über die Folgen der Misshandlung macht, nicht aber über die Misshandlung selbst, woraus sie entstanden sind, denn wenn durch den Strafrichter erkannt wurde, dass der Geklagte die Klägerin so misshandelt hat, dass daraus die oben

bezeichneten Folgen entstanden sind, so ist damit der Beweis erbracht, dass diese Folgen nur durch die Misshandlung entstanden sind. Daraus folgt, dass es nicht nothwendig ist, einen Beweis dafür zu erbringen, dass die oben bezeichneten Folgen dadurch entstanden sind, dass der Geklagte die Klägerin in Kopf und Brust schlug und auf der Erde herumgezerrt hat. Jedenfalls hat der Geklagte gegen die Klägerin gewaltthätig gehandelt und ist es somit gleichgiltig, ob diese Verletzungen durch diese oder jene Misshandlung entstanden. Die Misshandlung vom 2. December 1889 ist nach § 109 ABG genügender Grund, um der Klage stattzugeben, auch wenn nicht das Geständniss des Geklagten wäre, dass er auch einige Tage zuvor im Zorn mit seiner Gattin auf ähnliche Weise verfuhr, denn eine solche Handlungsweise lässt sich nie und nimmer entschuldigen. Es musste demnach nach § 12 des Hofd. vom 23. August 1819 auch erkannt werden, dass der Geklagte an der Scheidung Schuld trage.

Der OGH bestätigte das U. II. J. in nachstehender

Erwägung:

Der Vertreter des Geklagten hat in seiner Appellation eine Ergänzung des Verfahrens nicht angestrebt; erst in der Revision wird eine Ergänzung in der Richtung beantragt, dass die Umstände erhoben werden, auf denen das Strafurtheil beruht, und dass die vom Geklagten angebotenen Beweise zugelassen werden. Diese Umstände sind aber theils durch das Strafurtheil schon bewiesen, theils sind sie irrelevant. Denn wenn es auch wahr wäre, dass die Ehegattin an der Thür zugehorcht hat und den Geklagten gekratzt hätte, so beseitigt dies doch nicht die späteren schweren Misshandlungen derselben seitens des Geklagten. Das OLG hat richtig ausgeführt, dass auch nur eine einzige schwere Misshandlung genügt, um das Scheidungsbegehren zu begründen, und konnte daher der Revision des Geklagten keine Folge gegeben werden.

2562.

Nur die anlässlich eines wirklichen „Betriebsunfalles“ erlittene Verletzung berechtigt zum Ersatzanspruch wider die Bahngesellschaft.

E. v. 27. Jänner 1892, Z. 508. — (Przegl. XII ex 92, Seite 353.)
I. KG Złoczow.
II. OLG Lemberg.

Ueber Appellation der Belangten im summarisch verhandelten Stritte des A gegen die k. k. priv. Carl Ludwigbahn pcto. Zahlung einer lebenslänglichen Rente per fl. 30 monatlich, ferner Zahlung der Beträge per 150 fl. und 5000 fl. s. N. G. hat die II. J. die dem Klagebegehren willfahrende E. der I. J. abgeändert und erkannt:

Das Klagebegehren wird unbedingt abgewiesen.

Gründe:

Nach § 1 des Gesetzes vom 5. März 1869, RGB Nr. 27, sind die durch Dampfkraft in Bewegung gesetzten Eisenbahnen für eine körperliche Verletzung oder den Tod eines Menschen laut den Bestimmungen dieses Gesetzes nur dann verantwortlich, wenn diese Verletzung oder der Tod „durch einen Unfall beim Betriebe der Bahn“ veranlasst wurden. Es müssen also zwei grundsätzliche Bedingungen der Anwendbarkeit des cit. Gesetzes zusammentreffen, und zwar erstens die, dass die Verletzung oder der Tod eines Menschen als die Folgen eines gewissen Ereignisses sich darstellen, und zweitens die, dass das besagte Ereigniss bei dem Betriebe der Bahn eintrat. Der Ausdruck „Betrieb“ im § 1 des cit. Gesetzes muss in der weiteren Bedeutung des Wortes aufgefasst werden, und ist unter diesem Ausdrucke nicht nur der Lauf oder im Allgemeinen die Fortbewegung ganzer Züge oder einzelner Locomotiven, Waggons u. s. f. zu verstehen, sondern auch alle mit der Fahrt in Verbindung stehenden Vorbereitungshandlungen, als da sind: das Aufladen auf die Waggons, die Zusammenstellung und Verbindung der Waggons u. dgl. Wenn also A behauptet, dass er in den letzten Tagen des December 1883 zufolge des erhaltenen Auftrages einen mit Getreide beladenen Waggon des zur Abfahrt bereitstehenden Zuges zu plombiren, zu diesem Ende über die Bremse auf die andere Seite jenes Zuges hinüberging, und nachdem er die ihm aufgetragene Arbeit auf der einen Seite des Waggons vollbracht hatte, wieder über die Bremse zurückkehrte, um den Waggon auch auf der zweiten Seite zu plombiren, so ist es klar, dass diese seine Thätigkeit behufs Vorbereitung des Zuges zur Abfahrt unternommen war, also beim Betriebe im weiteren Sinne des Wortes, ohne Rücksichtnahme auf den hier ganz unerheblichen Umstand, von wem der Auftrag zur Plombirung des Waggons erging. Es handelt sich also nur noch um die zweite Bedingung der Verantwortlichkeit der Belangten, d. i. um das Ereigniss, welches die Verletzung des A herbeiführte. In dieser Richtung behauptet A, dass er, über die Bremse zurückkehrend, plötzlich von der dritten Stufe derselben herabfiel und rückwärts auf die Schiene fallend, am linken Fusse schwer verletzt wurde. Angenommen nun die Richtigkeit dieser Behauptung auch ohne weiteren Beweis, so ergibt sich hieraus, dass A, über die Stufen der Bremse zurückkehrend, von der dritten Stufe herabfiel und sich schwer verletzte; man kann jedoch in diesem Ereignisse unmöglich einen Unfall beim Betriebe erkennen. Unter dem Ausdrucke „Ereigniss“ ist nicht der Zufall, welcher der Person zustiess und deren körperliche Verletzung oder den Tod herbeiführte, sondern ein gewisses Vorkommniss ausserhalb des Beschädigten zu verstehen, insbesondere ein gewisses Abweichen oder eine Abänderung betreff des gewöhnlichen regelmässigen Ganges der Dinge, beispielsweise ein Zusammenstoss zweier Züge, eine Entgleisung, ein Bruch, eine Zerstörung, oder auch eine mangel-

hafte Einrichtung der Bestandtheile der zum Betriebe in der weiteren Bedeutung des Wortes dienenden Gegenstände, überhaupt irgend ein Hinzuthun von Seite der Bahneinrichtungen, wenn es auch nur in einer Unterlassung bestünde. Nachdem jedoch A über die diesfalls seitens der Belangten in der Einrede erhobenen Einwendungen in der Replik erklärte, er sei nicht im Stande anzugeben, was die Ursache seines Herabfallens von der Stufe der Bremse war, so hat er demgemäss nicht behauptet, sein Herabfallen sei die Folge eines Stosses an den Waggon, einer mangelhaften Einrichtung der Stufen, des Fehlers einer Versicherung derselben oder überhaupt die Folge irgend eines anderweitigen Gebrechens, d. i. einer ausserhalb der Person des A gelegenen und von ihm unabhängigen Ursache gewesen, und es kann daher von einem Unfalle nicht die Rede sein. Im Gegentheile, falls der Kläger seiner eigenen Angabe nach beim Hinübergehen die Stufen der Bremse ungefährdet passirte, bei der Rückkehr jedoch unter denselben Umständen von denselben herabfiel, so ist die Ursache des Fallens in der eigenen Person zu suchen, weil A nicht die Vorsicht beobachtete, welche Jedermann in ähnlicher Lage anzuwenden hat. Er muss also die Folgen seiner Unvorsichtigkeit selbst tragen, zumal nicht nur zufolge des cit. Gesetzes aus dem Jahre 1869, sondern auch nach den Bestimmungen des ABG kein Grund vorliegt, um der Belangten eine Verpflichtung zur Ersatzleistung für einen von dem Kläger selbst verschuldeten Unfall aufzuerlegen.

Der OGH bestätigte die E. II. J. unter Verweisung auf deren richtige Begründung, zumal das Herabfallen von den auf die Bremse führenden Stufen, welches eine Verletzung des Klägers herbeiführte, nach der ganzen Lage der Verhandlung dem A selbst zugeschrieben werden muss, weshalb im vorliegenden Falle eine Verpflichtung der Bahngesellschaft zur Ersatzleistung entfällt.

2563.

In einem zum Summarverfahren sich eignenden Anfechtungsstritte ist die a. o. Revision unstatthaft.

E. v. 27. Jänner 1892, Z. 963. — (Práv. V ex 92, Seite 160.)
I. st.-del. BG Pisek.
II. OLG Prag.

Die a. o. Revision des Anfechtungsklägers, Firma A, gegen die gleichlautenden E. der Untergerichte auf Abweisung der Anfechtungsklage hat die I. J. a limine zurückgewiesen, weil nach § 47 AG die Bestimmung des § 51 Summ.-Pat. nur in den Fällen ausgeschlossen ist, in denen nach dem Gesetze mündlich oder schriftlich zu verfahren wäre, in vorliegendem Falle aber über die Anfechtungsklage unumgänglich ohne Bedacht auf die Bestimmung des AG das summarische Verfahren einzuleiten war;

denn das Begehren der vorliegenden Anfechtungsklage ist dahin gerichtet, das seitens des Anfechtungsgegners B erwirkte Pfandrecht pcto. der Wechselsummen per 300 fl. und 100 fl. gegenüber der Klägerin als unwirksam und den B als schuldig zu erkennen, einzuwilligen, dass die zur Befriedigung der A erforderliche Theilquote per 67 fl. von dem dem B zur Tilgung seiner Wechselforderungen zugewiesenen Meistbote per 284 fl. der A zugewiesen und erfolgt werde. Der Anfechtungskläger begehrt also die Unwirksamkeits-Erklärung nur zu Gunsten einer Forderung per 67 fl., mithin unter 500 fl.

Ueber Recurs der Firma A nahm die II. J. die a. o. Revision an und verordnete der I. J. die Vorlegung der Acten nach Rechtskraft dieser E., weil die Klage der A nach dem Inhalte des Schlussbegehrens schon im Vorhinein zum Summarverfahren wegen Abgangs der in den §§ 1 und 2 Summ.-Pat. vorgesehenen Erfordernisse nicht geeignet war, daher die a. o. Revision statthaft erscheint.

Ueber Revisionsrecurs des B stellte jedoch der OGH die E. I. J. wieder her.

Gründe:

Das Schlussbegehren der Klage „auf Unwirksamerklärung des angefochtenen Rechtsgeschäftes gegenüber dem Gläubiger A“ schliesst die Statthaftigkeit des Summarverfahrens im Anfechtungsprocesse nicht aus, da der § 35 AG imperativ festsetzt, dass jede Anfechtungsklage ein solches Begehren enthalten müsse und dennoch im § 47 ibid. bestimmt wird, dass über eine solche Klage das Summarverfahren statthaft ist, dass also auch betreff der Rechtsmittel im Anfechtungsstritte § 51 Summ.-Pat. regelmässig Geltung hat, daher eine Revision gegen gleichlautende U. regelmässig unzulässig erscheint. Im Anfechtungsprocesse begegnet man zweierlei Geldsummen, beziehungsweise Geldwerthen, die eine ist jene, deren Zahlung der Anfechtungskläger ohne Erfolg von seinem Schuldner angesprochen hat und bezüglich deren er ein bestimmtes Rechtsgeschäft des Letzteren anficht, die zweite ist jene, welche der Befriedigung des Anfechtungsklägers aus dem Vermögen des Schuldners im Wege steht. Von diesen beiden Geldsummen, welche ziffermässig bestimmt sind, kann für die Frage, wann die Revisionsbeschwerde in Gemässheit des letzten Absatzes des § 47 AG statthaft sei, nur jene entscheidend sein, deren Bezahlung der Anfechtungkläger begehrt, und keineswegs jene, welche derselben im Wege steht. Denn nur die Bezahlung der ersteren Geldsumme ist das Endziel des Anfechtungs-Processes; überdies ist überall dort, wo die Verfahrensart von einem Geldbetrage abhängig gemacht ist, die Ziffer jenes Anspruches entscheidend, welcher durch die Klage zur Geltung gebracht werden soll, mit welcher Auffassung auch § 38 cit. übereinstimmt. Da jedoch die Forderung des Anfechtungsklägers per

67 fl. die Höhe von 500 fl. nicht erreicht, und behufs Hereinbringung derselben vom Schuldner das ordentliche mündliche oder schriftliche Verfahren nicht eingeleitet werden könnte, erscheint die Revision wider die gleichlautenden E. der Unterinstanzen unzulässig.

2564.

Beim Kauf auf Probe trifft den Verkäufer die Beweislast, dass seit Empfang der Probe bis zur Anzeige der Nichtzufriedenheit ein längerer als der verabredete Zeitraum verstrichen sei.

E. v. 27. Jänner 1892, Z. 15296. — (GH 18 ex 92, Seite 152.)

I. HG in T.
II. OLG.

Das HG in T. erklärte den Beklagten F. in Lemberg schuldig, der klägerischen Firma M. den Betrag von 170 fl. s. Anh. zu bezahlen, wenn derselbe den ihm zurückgeschobenen Haupteid dahin: dass ihm das zufolge Schlussnote vom 23. August 1889 ihm zugesendete Probefass mit Oel am 16. October 1891 von Seite der Bahnstationsverwaltung in Frassin avisirt worden sei, nicht abschwören sollte.

Gründe:

Beide Streittheile stimmen darin überein, dass der Kaufvertrag, dessen rechtsgiltiger Abschluss als festgestellt gilt, bezüglich der in C facturirten zwei Oelfässer an die Bedingung geknüpft war, dass das vorher gelieferte Probefass conveniren würde, und dass Käufer, wenn er mit demselben nicht zufrieden sei, es acht Tage nach Empfang anzeigen müsse.

Nun behauptet Beklagter, dass das Probefass am 15. October 1889 auf der Station von Frassin angelangt, am 16. October ihm avisirt und am 19. October von ihm in Empfang genommen worden sei, und dass er die Anzeige des Nichtconvenirens mittelst Briefes vom 23. October der Klägerin erstattet habe und hat letztere ihrerseits zugegeben, dass dieser Brief, welchen sie selbst als Beilage E producirt, ihr am 25. October 1889 zugekommen sei. Es kommt daher bei Entscheidung gegenwärtigen Rechtsstreites auf den Umstand an, ob die Anzeige vom 23. October 1889 rechtzeitig erstattet, d. i. ob Beklagter wirklich erst am 16. October 1889 von der Bahnstationsleitung in Frassin die Ankunft des Probefasses avisirt erhalten habe. Diese Thatsache könnte durch den von der Klägerin beantragten Beweis durch Sachverständige über die muthmassliche Dauer des Transportes einer Waare von T. nach Frassin nicht widerlegt werden. Der Beweis dieser Thatsache liegt vielmehr dem Beklagten, welcher daraufhin seine Befreiung von jeder Verbindlichkeit anstrebt, als einer wahren Einwendung ob, und kann andererseits auch durch das Zeugniss des Stationsleiters in Frassin nicht als erbracht angesehen werden, da

Klägerin alle in der Bestätigung in Nr. 2 angegebenen Umstände, mithin auch die Identität der Sendung in Abrede stellt; diese Thatsache könnte nur durch den über dieselbe der Klägerin in der Duplik aufgetragenen und von ihr zurückgeschobenen Haupteid erwiesen werden. Würde dieselbe erwiesen, so wäre Beklagter im vollen Rechte, die ihm schon mit Factura vom 9. October 1889 voreilig zugesendeten zwei Fässer Oel zurückzuweisen und von jeder Verbindlichkeit frei; im gegentheiligen Falle, da Beklagter das Einlangen der Waare zugesteht, wäre derselbe verpflichtet, auf Grundlage des Schlussbriefes und der damit übereinstimmenden Factura die Waare zu übernehmen und den Kaufpreis dafür zu entrichten.

Das OLG gab dem Klagebegehren unbedingt statt in der Erwägung, dass die Lieferung der zwei Barrels Oel laut Factura sub C nicht in Abrede gestellt und durch die Angabe des Beklagten selbst festgestellt wurde, dass das Probefass auf der Station Frassin am 15. October anlangte und die Ankunft der Waare dem Beklagten avisirt worden sei; dass endlich zugegeben wurde, dass die Erklärung des Beklagten vom 23. October 1889 der Klägerin erst am 25. October zugekommen sei. Aus diesen Thatumständen gehe hervor, dass Klägerin die zwei Barrels Oel dem Vertrage gemäss auf Grundlage der vom Beklagten stillschweigend erklärten Zufriedenheit bezüglich des Probefasses geliefert habe. Dem Beklagten lag ob. nach Art. 347 HGB schon am 16. October das Oel zu untersuchen und seine diesbezügliche Erklärung der Nichtannahme weiterer Sendungen im Sinne des Briefes B der Klägerin rechtzeitig, daher binnen acht Tagen zukommen zu lassen. Dazu genügt nicht, dass die Erklärung binnen der obigen Frist auf die Post gegeben wurde, sondern dass sie innerhalb dieser Frist auch bei der Gegenseite eingetroffen sein müsste. Im vorliegenden Falle war aber die Frist am 24. October bereits abgelaufen und daher die weitere Lieferung als stillschweigend genehmigt zu betrachten.

Der OGH hat über die Revisionsbeschwerde des Beklagten, die E. der II. J. abändernd, jene des HG unter Anberaumung einer neuerlichen Frist von 14 Tagen zum Antritte des sententionirten Haupteides und unter Herabsetzung der für den Fall des Obsiegens des Beklagten von der Klagsseite demselben zu ersetzenden Gerichtskosten I. J. wieder herzustellen befunden.

Gründe:

Nach Inhalt des Schlussbriefes B kann der Beklagte nur dann verpflichtet werden, die ihm mit der Factura vom T. übersandten zwei Barrels gelben Olivenöls zu übernehmen und zu bezahlen, wenn erwiesen wird, dass der Beklagte nach Empfang des vorerst zu liefernden Probefasses angezeigt hat, dass er mit demselben zufrieden war, oder aber diesen Zeitraum ohne solche Anzeige verstreichen liess. Nachdem mit dem Briefe vom 23. October 1889 der Beklagte der klägerischen Firma ge-

schrieben hat, dass das Probefass seinen Anforderungen nicht genügt, dass daher die weiteren Oellieferungen zu unterbleiben haben, oblag es der klagenden Firma, um die Verpflichtung des Beklagten zur Abnahme und Bezahlung der in der Klage angeführten zwei Barrels Oel darzuthun, nachzuweisen, dass seit der Zeit, als der Beklagte das Probefass Oel erhielt, bis zu der in dem Schreiben E enthaltenen Anzeige ein Zeitraum von mehr als acht Tagen verstrichen ist.

Einen solchen Beweis hat aber die klagende Firma nicht geliefert. Sie hat wohl bereits in der Replik in Aussicht gestellt, zum Beweise, dass die Anzeige E als verspätet angesehen werden müsse, die Frachtbriefe über die Ablieferung des Probefasses und der in der Klage erwähnten zwei Barrels Oel beizubringen, allein sie hat dieses nicht gethan; auf den über den Umstand, dass die Lieferung eines Fasses Oel von Triest an die Bahnstation Frassin nicht über 15 Tage und nie über einen Monat dauern könne, angebotenen Beweis durch Sachverständige kann aber nicht abgegangen werden, weil es im vorliegenden Falle nicht darauf ankommt, wann das Probefass Oel dem Beklagten hätte zukommen sollen, sondern nur darauf, wann er dasselbe wirklich empfangen hat.

Die Klagsseite hätte daher mit ihrem Begehren unbedingt abgewiesen werden sollen; allein da mit Rücksicht auf das abgeführte summarische Verfahren durch die untergerichtlichen U. so viel bereits rechtskräftig entschieden ist, dass das Klagebegehren nicht unbedingt abzuweisen sei, erübrigt sonst nichts, als das dem Beklagten günstigere U. wieder herzustellen, wobei jedoch der von der Klagsseite gegen die Höhe der eventuell dem Beklagten zu vergütenden Gerichtskosten eingebrachten Appellation Rücksicht zu tragen ist. Aus diesen Kosten müssen nämlich ausgeschieden werden die aufgerechneten Kosten der Uebersetzung der italienischen Satzreden der Klagsseite, weil diese berechtigt war, sich vor dem T.er HG der italienischen Sprache zu bedienen, daher auch nicht schuldig sein kann, die Kosten der Uebersetzung ihrer Satzreden zu bestreiten, es vielmehr Sache des Beklagten gewesen wäre, sich in diesem Rechtstreite von einem solchen der italienischen Sprache kundigen Rechtsfreunde vertreten zu lassen.

2565.

Die Bestimmungen der Art. 62 und 64 HGB finden auch auf technische Directoren eines Fabriksunternehmens Anwendung.

E. v. 27. Jänner 1892, Z. 771. — (JB 10 ex 92, Seite 117.)

Der Zuckerfabriksdirector A belangte den Zuckerraffineriebesitzer B auf Zahlung des Monatsgehaltes für den Monat December 1890.

Die I. J. hat die Klage abgewiesen aus folgenden, den Sachverhalt einschliessenden

Gründen:

Durch die übereinstimmenden Aussagen beider Theile ist wohl erwiesen, dass der Kläger am 16. August 1888 mit dem Geklagten einen Dienstvertrag abgeschlossen hat, inhaltlich dessen er vom Geklagten als technischer Director der Zuckerraffinerie des Letzteren für drei aufeinander folgende Jahre mit einem Jahresgehalte per 4800 fl. für das erste und per 5800 fl. für jedes der folgenden Dienstjahre fest angestellt wurde. Der Dienstantritt des Klägers in der Zuckerraffinerie des Geklagten erfolgte nun thatsächlich am 1. October 1888, doch dauerte die Dienstleistung des Klägers nur bis 25. November 1890, indem derselbe an diesem Tage von B aus seinem Dienste entlassen worden ist. Diese Entlassung war aber auch, obschon die vertragsmässigen drei Dienstjahre erst mit 1. October 1891 abgelaufen sein würden, nach §§ 1160 und 1163 ABG vollkommen gerechtfertigt. Nach § 1160 ABG können nämlich aus rechtmässigen Gründen Arbeiter, die auf eine bestimmte Zeit bestellt worden sind, vor verlaufener Zeit verabschiedet werden; und gilt dieselbe Vorschrift nach § 1163 ABG auch für alle diejenigen Personen, die sich für ihre Bemühungen ein Gehalt ausgedungen haben, soferne hierüber keine besonderen Vorschriften bestehen, also auch für Fabriksdirectoren. Unter die Handlungsgehilfen im Sinne des sechsten Titels des allg. HGB können nämlich Fabriksdirectoren und überhaupt technische Beamte nicht eingereiht werden, weil unter diesem Titel, wie der Umstand, dass unter dem vorangehenden Titel kaufmännische Angestellte höherer Kategorie, nämlich Handlungsbevollmächtigte und Procuristen, separat behandelt werden, obschon der kaufmännische Beruf ihnen mit den Handlungsgehilfen gemeinsam ist, zur Evidenz darthut, nur die Handlungsgehilfen im engen Sinne des Wortes, nämlich die kaufmännischen Angestellten mittlerer und niederer Kategorie in's Auge gefasst sind, nicht aber die übrigen Handelsbediensteten und noch weniger also technische Beamte, wie z. B. Fabriksdirectoren. Auf Letztere können also nur die Vorschriften des ABG Anwendung finden. Als rechtmässiger Entlassungsgrund muss nämlich die Ehrenkränkung angesehen werden, deren sich der Kläger, wie die gerichtlichen Strafurtheile ddto. 31. Jänner 1891 und ddto. 6. April 1891 darthun, am 18. November 1890 dem Geklagten gegenüber schuldig gemacht hat. Der Kläger behauptet wohl, dass die von ihm am 18. November 1890 vor C und D gemachte, laut dieser beiden Strafurtheile erwiesene Aeusserung: „wenn er nicht sein Geld bekomme, werde er mit B bis vor die Geschworenen kommen“, nur den Sinn gehabt habe, er werde sich von Letzterem nicht in seinen Rechten verkürzen lassen, wenn er auch die höchste Instanz anrufen müsste. Allein diese Auslegung eben dieser incriminirten Aeusserung ist, wie bereits in den Strafurtheilen ausgeführt ist, ganz haltlos, indem der Kläger nach seiner Bildung wissen musste, dass, abgesehen von Pressvergehen, vor die Geschworenen nur schwere

Verbrechen, nicht aber Civilrechtsstreitigkeiten gehören, und daher die von ihm vorgebrachte Aeusserung im Zusammenhange mit den sich daran weiter knüpfenden Bemerkungen: „B solle mit ihm nicht anfangen, er werde denselben lehren, wenn er auch ganz aus der Zuckerbranche austreten müsste“, und im Zusammenhange mit der von denselben Zeugen, denen allerdings die einzelnen Ausdrücke nicht mehr erinnerlich sind, bezeugten Thatsache, dass A damals auch Schimpfworte gegen den Geklagten ausstiess, nur die Deutung beigelegt werden kann, dass sich der Geklagte, wenn nicht schwerer Verbrechen, wenigstens schwerer Steuermalversationen schuldig gemacht habe. In diesem Sinne wenigstens haben die beiden Zeugen die diesbezügliche Aeusserung des Klägers aufgefasst. Jedenfalls aber ist so viel sicher, dass diese Aeusserungen des Klägers trotz ihrer Unbestimmtheit sich als schwere Ehrenkränkungen gegenüber dem Geklagten darstellen, die in ihren Wirkungen um so einschneidender sein mussten, als sie von einem Beamten gegen dessen Principal erhoben wurden. Da nun der Kläger zu den Schimpfworten und den unbestimmten Beschuldigungen, wie er selber gesteht, keinen thatsächlichen Grund hatte, so setzte er sich mit den Pflichten des Anstandes und der Achtung, welche er seinem Principal schuldete, in den grellsten Widerspruch, und diese Pflichtverletzung des Klägers muss im Sinne des § 1160 ABG als rechtmässiger Grund zur Entlassung des Klägers aus dem Dienste des Geklagten angesehen werden. Demgemäss erscheint auch die Einstellung der weiteren Gehaltszahlung seit dieser Entlassung im Sinne des § 1160 ABG als gerechtfertigt.

Ueber Appellation des Klägers hat die II. J. das erstrichterliche U. abgeändert und den Geklagten zur Zahlung des eingeklagten Betrages verurtheilt; denn der Geklagte gesteht zu, dass der Abs. 6 des zwischen hm und dem Kläger geschlossenen Dienstvertrages lautet: „A ist auf Grund der im Vertrage enthaltenen Bedingungen für drei aufeinander folgende Jahre fest engagirt“. Der Geklagte ist daher schon nach den im Vertrage übernommenen Verpflichtungen nicht berechtigt, den Kläger vor Ablauf dieser drei Jahre aus dem Dienste zu entlassen, und nicht berechtigt, ihm einen Theil des für drei Jahre bedungenen Lohnes zu entziehen. Der Geklagte hat nun im Verlaufe des Processes versucht, seine Berechtigung zu der erfolgten Entlassung des Klägers aus dem Dienste des Geklagten aus den Bestimmungen der Art. 62 und 64 HGB und § 1160 ABG und nebstbei auch aus jenen der Gewerbeordnung abzuleiten. Dass die Bestimmungen der Art. 62 und 64 HGB auf das zwischen dem Kläger und Geklagten bestehende Dienstverhältniss nicht anwendbar sind, wurde bereits in den erstrichterlichen Entscheidungsgründen genügend erörtert. Auch die Bestimmungen der Gewerbeordnung sind im vorliegenden Falle nicht anwendbar; denn in der Gewerbeordnung (6. Hauptstück) sind lediglich Bestimmungen rücksichtlich des gewerblichen Hilfspersonals getroffen.

Als solches sind nach den Bestimmungen der Gewerbeordnung aber nur Lehrlinge und Gehilfen und unter Letzteren Handlungsdiener, Gesellen und Fabriksarbeiter anzusehen. Unter diese Kategorien kann aber Kläger als Zuckerfabriksdirector nicht eingerechnet werden. Als rechtmässiger Grund im Sinne des § 1160 ABG zur Verabschiedung des Klägers aus seiner vertragsmässig auf drei Jahre festgesetzten Dienstleistung kann aber der von dem Geklagten geltend gemachte Umstand, dass der Kläger ehrenrührige Reden gegen den Geklagten führte, welche dessen strafgerichtliche Verurtheilung nach § 491 StG zur Folge hatten, nicht angesehen werden, weil diese Handlung des Klägers, welche übrigens in der strafgerichtlichen Verurtheilung des Klägers ihre Sühne fand, die Einhaltung der eingegangenen Vertragsverpflichtung keineswegs rechtlich unmöglich gemacht hat, und das an Seite des Geklagten etwa erschütterte Vertrauen in den Kläger Ersteren allenfalls berechtigt, jene Massregeln zu treffen, welche ihm nothwendig erscheinen, um einem Vertrauensmissbrauch seitens des Klägers vorzubeugen, keineswegs aber als ein Grund zur Nichteinhaltung der eingegangenen Vertragsverpflichtung geltend gemacht werden kann. Das erstrichterliche U. war hiernach abzuändern und dem Klagebegehren stattzugeben.

Ueber die Revision des Geklagten hat der OGH die E. II. J. abzuändern und das erstrichterliche U. wieder herzustellen befunden, in der Erwägung, dass es an jedem inneren Grunde fehlt, warum die Bestimmungen der Art. 62 und 64 HGB auf den Kläger nicht Anwendung finden sollten, da doch der Geklagte als Besitzer der Zuckerfabrik nach Art. 4 HGB als Kaufmann anzusehen und der in dieser Fabrik als leitender Director bestellte Kläger als dessen Gehilfe, daher im Sinne dieses Gesetzes allerdings als Handlungsgehilfe anzusehen ist, indem aus der abgesonderten Erörterung der Procuristen und Handlungsbevollmächtigten keineswegs gefolgert werden kann, dass unter den Handlungsgehilfen des sechsten Titels, wie der erste Richter ausführt, nur kaufmännische Angestellte mittlerer und niederer Kategorie zu verstehen seien, weil der fünfte Titel nur die aus der Stellung eines Procuristen und eines Handlungsbevollmächtigten fliessenden besonderen Rechte und Pflichten zum Gegenstande hat, dabei aber keineswegs ausschliesst, dass mit der Procura ein Handlungsgehilfe betraut, oder dass ein Handlungsgehilfe auch als Handlungsbevollmächtigter bestellt werden könne, weil im Gegentheile nach Art. 58 auf den von seinem Principale zu Rechtsgeschäften in dessen Handlungsgewerbe beauftragten Handlungsgehilfen die Bestimmungen über Handlungsbevollmächtigte Anwendung finden. Das Gesetz unterscheidet auch nicht für den Begriff eines Handlungsgehilfen, ob dessen Thätigkeit mehr oder weniger dem technischen oder dem Rechnungsfache oder dem Handelsverkehre im engeren Sinne des Wortes angehöre. Durch die von dem Strafrichter festgestellte Ehrenbeleidigung hat aber

Kläger seinen Principal öffentlich verächtlicher Eigenschaften geziehen, dessen kaufmännischen Ruf gefährdet, die durch seine dienstliche Stellung gebotene Achtung zum möglichen Abbruche der Disciplin der Arbeiterschaft gröblich verletzt, und das für eine erspriessliche Leitung der Fabrik unentbehrliche Vertrauen seines Principals verwirkt. Nach Art. 64, Abs. 5 HGB war demnach der Geklagte berechtigt, das Dienstverhältniss vor der bestimmten Zeit aufzulösen und die weitere Zahlung des Gehaltes zu verweigern. Diese Berechtigung des Geklagten konnte weder durch eine spätere Ehrenerklärung beseitigt werden, noch dadurch erlöschen, dass sich am 25. November 1890 auch der Geklagte hinreissen liess, den Kläger öffentlich zu beschimpfen. Endlich gestattet auch nicht die Fassung der Art. 62 und 74 HGB mit den Ausdrücken „verlangen" und „aussprechen" die von dem Kläger versuchte Deutung, dass der Kläger in seinen Dienstesbezügen so lange belassen werden sollte, bis die Aufhebung des Dienstverhältnisses von dem Gerichte entschieden worden wäre. Vielmehr ist dem Sinne des Gesetzes eben dadurch entsprochen, dass mit dem vorliegenden U. die Verweigerung des Gehaltes für gerechtfertigt erklärt und die Klage abgewiesen wird.

2566.

Mehrere Schiffsrheder haften der Schiffsmannschaft für den ausständigen Lohn (Heuer) nur nach Verhältniss ihrer Antheile am Schiffe.

E. v. 3. Februar 1892, Z. 72. — (GH 16 ex 92, Seite 137.)
I. HG Triest.
II. OLG Triest.

Das österreichisch-ungarische Barkschiff gehört zu je 12 Parten dem A und dem B. Gegen erstere machte der Schiffsmann C. eine Heuerforderung geltend.

Die I. J., welche jeden der beiden Mitrheder für den ganzen Betrag der Heuer haftend betrachtete, verurtheilte den A zur Zahlung der eingeklagten Forderung.

Ueber Appellation des A änderte die II. J. die E. I. J. ab und verurtheilte den A nur zur Zahlung einer Hälfte der Heuer in der Erwägung, dass jeder Schiffseigenthümer, was das Schiff und dessen Ausrüstung anbetrifft, für die Handlungen des Capitäns persönlich verantwortlich ist und der Schiffsmannschaft gegenüber für die Heuer haftet, da die Anwerbung derselben ein Mittel ist, um ein Schiff reisefertig zu machen (Art. 526 des franz. HGB). Diese persönliche Haftung der Schiffspartner ist auch daraus zu entnehmen, dass der Capitän in Betreff des Schiffes und dessen Ausrüstung als ein Machthaber des Rheders gilt, daher die von jenem eingegangenen Verbindlichkeiten als im Namen und auf Rechnung des Rheders einge-

gangen anzusehen sind. Da vorliegenden Falles zwei Schiffseigenthümer vorhanden sind, wovon jedem das Schiff zur Hälfte gehört, so muss die persönliche Haftung derselben der Schiffsmannschaft gegenüber nach Verhältniss ihrer Antheile getheilt sein (§ 889 ABG), da nicht dafür zu halten ist, dass sie zur ungetheilten Hand haften, nachdem eine solche solidarische Haftung weder im Seerechte noch im bürgerlichen Gesetzbuche begründet ist, im vorliegenden Falle zur Rechtfertigung der Solidarität auch nicht das HGB herangezogen werden kann, da die Anwerbung der Schiffmannschaft nicht zu den Handelsgeschäften zu zählen ist.

Wenn demnach die beiden Mitrheder dem Kläger gegenüber für seine Heuer als persönlich haftend anzusehen sind, so ist andererseits dem Vorausgeschickten zufolge mit Ausschluss der Solidarität jeder von ihnen nur zur Hälfte für die Heuer verantwortlich, weshalb der Appellation in diesem Punkte stattgegeben und A zur Bezahlung nur der Hälfte der eingeklagten Forderung verurtheilt werden konnte.

Der OGH bestätigte über Revision des Klägers die E. II. J. mit nachstehender

Begründung:

Mit Unrecht behauptet Kläger, dass alle Eigenthümer eines Schiffes durch ein gemeinsames Band der Solidarität verbunden seien. Dieses Band besteht gesetzlich nicht, vielmehr erstreckt sich die persönliche Haftung jedes Mitrheders nicht über den ihm gehörigen Antheil. Das Bestehen einer Solidarhaftung kann nicht aus dem Umstande geschlossen werden, dass das Schiff für gewisse, im Gesetze ausdrücklich bestimmte Forderungen ungetheilt haftet; denn es dient für solche Forderungen einfach als Unterpfand, aus welchem dieselben vorzugsweise befriedigt werden müssen. Bei Wegfall des Pfandes können jene Forderungen nun nicht besondere Eigenschaften erlangen, welche ihnen früher nicht innewohnten.

Mit Recht hat daher das OLG ausgesprochen, dass Kläger in keinem Falle vom heutigen Beklagten mehr als die Hälfte der geltend gemachten Forderung verlangen kann, nachdem derselbe nur in diesem Verhältnisse Mitrheder des Schiffes ist.

2567.

Die Bestreitung des Afterpfandrechtes durch nachfolgende Satzgläubiger setzt ein rechtliches Interesse an dem Bestande oder Nichtbestande des bestrittenen Pfandrechtes voraus.

E. v. 3. Februar 1892, Z. 1109. — (JB 46 ex 92, Seite 552.)
I. st.-del. BG Korneuburg.
II. OLG Wien.

Johann D. hatte auf der primo loco haftenden Satzforderung des J. B. per 300 fl. das Afterpfandrecht für seine Forderung von 467 fl.

erworben. Nach dem executiven Verkaufe des Hypothekgutes meldete Johann D. seine Forderung in der Rangordnung der Satzpost von 300 fl. an und es wurde ihm der entfallende Theil des Meistbotes zugewiesen, hingegen der diese Anmeldung bestreitende nachfolgende Satzgläubiger Moriz W. auf den Rechtsweg gewiesen.

Die nun von diesem eingebrachte Klage wurde von der I. J. abgewiesen. Die vom Geklagten erhobene Einwendung der mangelden Klagslegitimation wurde verworfen, weil zwar der Grundsatz, dass ausser dem Schuldner Niemand und insbesondere nicht die nachfolgenden Satzgläubiger berechtigt sind, die Richtigkeit, Giltigkeit und Liquidität einer Forderung zu bestreiten, rechtlich begründet sei, aber die nachfolgenden Satzgläubiger ebenso gewiss das Recht haben, gegen den Bestand und die Priorität des Pfandrechtes ihre Einwendungen zu machen, und nur dahin die vorliegende Klage ziele.

Die II. J. bestätigte diese E., gab aber der Einwendung der mangelnden Klagslegitimation statt; denn das Bestreitungsrecht des Hypothekars hat zur Voraussetzung, dass derselbe ein rechtliches Interesse an dem Bestande oder Nichtbestande des bestrittenen Pfandrechtes hat, das heisst, dass er im letzteren Falle eine höhere Rangordnung betreffs der Befriedigung seiner Forderung in Anspruch nehmen kann. Letzteres trifft aber im vorliegenden Falle nicht zu, weil, wenn auch das Afterrecht nicht zu Recht bestände, der für die Satzpost des J. B. zurückbehaltene Betrag von 300 fl. diesem, nicht aber dem Kläger zufiele, zumal Letzerer nirgends auch nur behauptet hat, dass er etwa Gläubiger des J. B. sei.

Der OGH bestätigte beide U. in der Erwägung, das Kläger als nachfolgender Pfandgläubiger wohl berechtigt ist, den aufrechten Bestand des vorhergehenden für J. B. einverleibten Pfandrechtes und folgerungsweise des dadurch bedingten, für den Geklagten eingetragenen Afterpfandrechtes zu bestreiten, dass ihm aber das Recht nicht zusteht, den Rechtsbestand der Forderung des Geklagten an J. B. und des hiefür erworbenen Afterpfandrechtes unabhängig hiervon anzufechten und daher das nur darauf gerichtete Begehren an sich der Sach- und Rechtslage nicht entspricht, und dass es nur darauf ankommt, ob Kläger in der Lage war, den Beweis zu erbringen, dass die Forderung des J. B. und das hiefür erworbene Pfandrecht nicht mehr zu Recht besteht, Kläger aber dies in keiner Weise dargethan hat und somit die von beiden Instanzen erfolgte Abweisung des Klagebegehrens gerechtfertigt ist.

2568.

Dadurch allein, dass sich in einem Hause Fenster befinden, durch welche Licht und Luft vom nachbarlichen Grunde zugeführt wurde, ohne dass der Nachbar dagegen Einsprache erhob, gelangt der Hauseigenthümer nicht in den Besitz der Servitut des Fensterrechtes.

E. v. 3. Februar 1892, Z. 604. — (GZ 25 ex 92, Seite 199.)

Die Geklagte B hat gegen den vom Kläger A beabsichtigten Bau eines Hofgebändes, durch welchen die Fenster ihres eigenen Hofgebäudes vermauert werden würden, Widerspruch erhoben, weshalb A gegen B die Aufforderungsklage einbrachte.

Das Klagebegehren wurde von der I. J. abgewiesen.

Gründe:

B wendet ein, dass die Aufforderungsklage unzulässig sei, weil sie im Besitze des Rechtes sei, durch die fraglichen Fenster aus dem gegnerischen Luftraume Licht und Luft zu beziehen, und da dieselbe nach ihren unbestrittenen Behauptungen auch thatsächlich in dem ungestörten Besitze dieses Rechtes ist, so hat sie nach § 313 ABG eine einem Anderen gehörige Sache mit dessen Gestattung zu ihrem Nutzen verwendet. Wenn nun die Geklagte in ihrem Besitze gestört wird und sie aus diesem Grunde gegen den projectirten Bau Widerspruch erhebt, so berechtigt dies den Kläger nicht zur Aufforderungsklage, und ist die Aufgeforderte nicht verpflichtet, ihr Recht mittelst Klage geltend zu machen, weil nach § 323 ABG der Besitzer die rechtliche Vermuthung eines giltigen Titels für sich hat und zur Angabe desselben nicht aufgefordert werden kann. Wenn die Geklagte und deren Besitzvorfahren niemals in die Lage kamen, gegen die Besitzer des klägerischen Grundes das Untersagungsrecht bezüglich eines Baues auszuüben, durch welchen die ungehinderte Ausübung des Fensterrechtes beeinträchtigt, respective vereitelt würde, überhaupt ihr Besitzrecht den Besitzern des klägerischen Grundes gegenüber zu wahren, so kann dieser Umstand dem Besitzrechte der Geklagten nicht nachtheilig sein. Nachdem nun die Geklagte den Besitz für sich hat, muss die Aufforderungsklage abgewiesen und es dem Kläger überlassen werden, seine Rechte im ordentlichen Rechtswege geltend zu machen.

Das OLG hat die E. I. J. abgeändert und dem Klagebegehren Folge gegeben aus nachstehenden

Gründen:

Nach § 72 AGO ist Derjenige, der einen Bau beabsichtigt, berechtigt, sich gegen die Einsprüche dritter Personen durch die Aufforderungsklage zu schützen und dieselben in diesem Wege zur Ausführung ihrer vermeintlichen Rechte bei sonstiger Auferlegung des ewigen Still-

schweigens zu verhalten. Eine Ausnahme von dieser Bestimmung ist nur in den §§ 323 und 324 ABG, sowie in dem Hofd. vom 15. Jänner 1887, JGS Nr. 261, lit. cc, zu finden, zufolge deren der Besitzer einer Sache oder eines Rechtes die rechtliche Vermuthung eines giltigen Titels für sich hat und zur Nachweisung desselben nicht aufgefordert werden kann. Entscheidend ist daher im vorliegenden Falle nur die Frage, ob sich die Geklagte im Besitze eines Rechtes befinde, aus welchem sich für sie die Befugniss ableiten lässt, den vom Kläger beabsichtigten Bau, durch welchen zwei im Hoftracte des der Geklagten gehörigen Hauses bestehende Fenster verbaut werden sollen, zu hindern. Den Besitz eines solchen Rechtes hat jedoch die Geklagte nicht nachgewiesen, denn die blosse Thatsache, dass sich die Geklagte seit dem Jahre 1873 im Besitze des Hauses Nr. 10 mit den fraglichen zwei Fenstern befindet, und dass durch diese Fenster dem betreffenden Raume ihres Hauses Licht und Luft aus dem Luftraume über dem klägerischen Grunde zugeführt wurde, ohne dass dagegen eine Einsprache von nachbarlicher Seite erhoben wurde, begründet an sich nicht den Besitz des Rechtes, dem Kläger die Aufführung eines Baues auf seinem Grunde, wozu er nach §§ 297, 362 und 1305 ABG berechtigt wäre, zu untersagen. Die Anbringung von Fenstern in der eigenen Mauer liegt im Rechtskreise des Eigenthümers und kann vom Besitzer des Nachbargrundes nicht gehindert werden, wenn auch durch diese Licht und Luft aus dem Luftraume des Nachbars bezogen werden. Es kann somit auch nicht behauptet werden, dass hierdurch eine fremde Sache mit Gestattung des Eigenthümers benützt und somit der Besitz einer bejahenden Servitut begründet werde, da der Zutritt von Licht und Luft sich lediglich als eine natürliche Folge der Anbringung der Fensteröffnung darstellt. Die Geklagte könnte sich gegen die Aufforderungsklage nur dann schützen, wenn sie sich im Besitze der verneinenden Servitut des § 476 Z. 10 oder 11 ABG befände, vermöge deren der Kläger verpflichtet wäre, den Bau, durch welchen ihrem Gebäude Licht und Luft oder die Aussicht benommen wird, zu unterlassen. In den Besitz eines solchen Rechtes gelangt man aber nach §§ 312 und 313 ABG nur dadurch, dass auf fremdes Verbot ein Anderer das, was er sonst zu thun befugt wäre, unterlässt. Dass ein solches Verbot seitens der Geklagten und die entsprechende Unterlassung von Seite des Klägers oder seiner Besitzvorgänger stattgefunden habe, wurde von der Geklagten selbst nicht behauptet und ebenso wenig behauptet oder dargethan, dass sich die Besitzer der klägerischen Realität gegenüber der Geklagten oder ihrem Besitzesvorgänger ausdrücklich verpflichtet haben, eine Bauführung oder sonstige Benützung ihres Grundes, wodurch die mehrerwähnten Fenster verbaut, dem betreffenden Raume ihres Hauses Licht, Luft und Aussicht benommen würden, zu unterlassen.

Der OGH hat die E. II. J. aus den derselben beigegebenen, der Sachlage und dem Gesetze durchaus entsprechenden Gründen bestätigt.

2569.

Auch im mündlichen Verfahren ist die Verlängerung der Appellationsfrist unstatthaft und dadurch nicht zu erreichen, dass in der schriftlich eingebrachten Appellationsanmeldung um eine Tagfahrt zur Protocollirung der Appellationsbeschwerden angesucht wird.

E. v. 3. Februar 1892, Z. 791. — (GZ 17 ex 92, Seite 134.)

I. BG Römerstadt.
II. OLG Brünn.

In der mündlich verhandelten Rechtssache der Firma Anton K gegen die Firma Israel G. & Comp., pcto. 1153·99 fl. s. N. G. überreichte die letztere gegen das ihr am 26. August 1891 zugestellte U. der I. J. die Appellationsanmeldung de praes. 5. September 1891, Z. 5554, und stellte in derselben das Begehren um Anordnung einer Tagfahrt behufs Ausführung der Appellationsbeschwerde.

Die I. J. hat diese Appellationsanmeldung, da die Appellationsbeschwerde in der gesetzlichen Frist nicht eingebracht worden ist, der Klagsseite um ihre zu erstattende Appellationseinrede zugestellt, dagegen das Begehren um Anordnung einer Tagfahrt zur Ausführung der Appellationsbeschwerde, als im Gesetze nicht begründet, zurückgewiesen, weil über eine schriftlich angemeldete Appellation nach dem Hofd. vom 23. Juli 1789, JGS Nr. 1038, das schriftliche Appellationsverfahren einzuleiten ist und das mit der Resolution vom 31. October 1785, JGS. Nr. 489, vorgesehene mündliche Appellationsverfahren nur bei auf offenem Lande durchgeführten Processen, nicht aber bei solchen Rechtsstreiten, die zwischen in verschiedenen Provinzen wohnhaften Parteien durchgeführt worden sind, statthaft, ja in diesem Falle mit dem Hofd. vom 23. Mai 1794, JGS Nr. 175, geradezu untersagt ist.

Das OLG hat dem dagegen eingebrachten Recurse der geklagten Firma keine Folge gegeben und hiebei auf die §§ 6 und 28 Proc.-Nov. hingewiesen, welcher gemäss die Frist zur Erstattung der Appellationsbeschwerde nicht verlängert werden kann, wogegen das Begehren der Recurrentin eine Verlängerung dieser Frist anstrebt.

Der OGH hat dem a. o. Revisionsrecurse derselben Firma wegen Abganges der Voraussetzungen des Hofd. vom 15. Februar 1833, JGS Nr. 2593, keine Folge gegeben, zumal die gleichförmigen E. durch die Erwägung gerechtfertigt erscheinen, dass es nach der Resolution vom 31. October 1785, JGS Nr. 489, bei den auf dem offenen Lande abgeführten Rechtsstreiten den Streittheilen zwar freisteht, ihre Appellation mündlich zu Protocoll zu geben, dass es aber nicht angeht, die Appellation blos anzumelden und um Anberaumung einer Tagfahrt zur Protocollirung der abgesonderten Beschwerde anzusuchen, weil dies eine Um-

gehung der §§ 6 und 28 Proc.-Nov. wäre, welche bestimmen, dass die Frist zur Erstattung der Appellationsbeschwerden durch richterliche E. nicht verlängert werden darf.

2570.

Die Zahlung einer Nichtschuld ist, wenn sie mit einem Vorbehalte geschieht, nicht als ein die Rückforderung nach § 1431 ABG ausschliessender Verzicht auf das Recht der Anfechtung anzusehen.

E. v. 3. Februar 1892, Z. 923. — (GZ 26 ex 92, Seite 205.)

Der Kläger A begehrt von dem Geklagten B die Rückerstattung einer Zahlung von 420 fl., welche der Vertreter des ersteren am 19. Juli 1890 dem Dr. C als Vertreter des Geklagten für die Ausfolgung einer Löschungs- und Pfandauflassungserklärung bezahlt hatte, zu deren Ausstellung und Behändigung sich D dem Kläger gegenüber verpflichtet hatte. Begründet wird dieser Anspruch damit, dass der Geklagte, welcher als Bevollmächtigter des D bei der Transaction zur Depurirung einer Satzpost von 27.000 fl. intervenirte, im Zuge dieser zwischen dem Geklagten und dem D gepflogenen Verhandlungen niemals einen Provisionsanspruch für den Erfolg seiner Bemühungen in Anspruch nahm, dass er vielmehr, als schon die Verpflichtung des D zur Behändigung der vorgedachten Urkunde an den Kläger vereinbart worden war, die Zwangslage des Klägers dadurch missbraucht habe, dass er im letzten Augenblicke die Forderung der Zahlung von 420 fl., auf die er keinen Anspruch hatte, erhob, so dass der Kläger, rücksichtlich dessen Rechtsfreund zur Zahlung des geforderten Betrages von 420 fl., ohne dass eine gesetzliche Verpflichtung vorlag, durch Furcht vor einem bedeutenden Uebel, dass nämlich die am 25. Juli 1890 fälligen 20.000 fl. vom Käufer der lastenfrei zu übergebenden Realität an den Kläger nicht gezahlt werden, gezwungen worden waren.

Die I. J. hat das Klagebegehren abgewiesen; denn aus dem Zeugenvernehmungsprotocoll ergibt sich, dass der Vertreter des Geklagten die Forderung von 420 fl. für die Ausfolgung der vom klägerischen Vertreter begehrten Löschungsquittung erhoben, dass er diesen Betrag als einen Provisionsanspruch seines Clienten und als eine solche Forderung bezeichnet hat, deren vorbehaltlose Erfüllung der vom gegentheiligen Vertreter begehrten Ausfolgung der Löschungs- und Pfandauflassungserklärung vorausgehen müsse. Dieser Forderung hat der Vertreter des Klägers durch die Zahlung jener 420 fl. entsprochen, und es ist selbst in dem Falle, als mit der Zahlung jener 420 fl. eine nicht zu Recht bestehende Schuld geleistet worden wäre, der Anspruch des Klägers nach § 1432 ABG nicht begründet.

Die II. J. hat nach dem Klagebegehren erkannt aus folgenden

Gründen:

Dass für die Ausstellung und Uebergabe der in Rede stehenden Erklärung eine Provision nicht bedungen wurde, gesteht Geklagter selbst zu, dass dem letzteren aber eine solche und insbesondere im Betrage von 420 fl. auf Grund des Gesetzes gebühre, wurde von ihm nicht bewiesen. Hat nun Geklagter am 19. Juli 1890, nämlich 6 Tage vor der am 25. Juli 1890 eintretenden Fälligkeit des im Falle durchgeführter Satzlöschung an den Kläger zahlbaren Kaufschillingsbetrages per 20.000 fl., die Ausfolgung dieser bereits in seinen Händen befindlichen Urkunde an den Kläger von der Zahlung einer Provision abhängig gemacht, so hat er vom Kläger eine Leistung gefordert, zu welcher dieser weder im Grunde eines Vertrages, noch im Grunde des Gesetzes verpflichtet gewesen ist. Richtig ist, dass der klägerische Machthaber demungeachtet die geforderten 420 fl. dem Vertreter des Geklagten bezahlt hat; allein diese Zahlung erfolgte keineswegs im Bewusstsein, eine Nichtschuld zu zahlen; denn der klägerische Machthaber hat, wie aus den Aussagen der Zeugen hervorgeht, der Zahlung die bestimmte Erklärung vorangeschickt, dass er seinem Clienten für den Fall die Rückforderung dieses Betrages vorbehalte, als zwischen den Parteien selbst eine Provisionszahlung nicht vereinbart worden sein sollte, und hatte die Annahme, dass zwischen den Parteien direct und ohne Intervention oder Wissen ihrer Vertreter eine solche Provisionsvereinbarung stattgefunden haben könne, um so mehr Berechtigung, als auch der Vertreter des Geklagten diesbezüglich sich nur dahin äusserte, dass eine solche nicht stattfand. Allerdings hat der Vertreter des Geklagten nur eine vorbehaltlose Zahlung annehmen zu wollen erklärt, und hat der klägerische Machthaber ungeachtet dieser Erklärung die Zahlung der 420 fl. geleistet, allein dieser einseitigen Willenserklärung des Vertreters des Geklagten kann eine rechtliche Wirkung nicht beigemessen werden, weil Demjenigen, welcher ohne den animus donandi etwas leistet, was er zu leisten nicht schuldig ist, das Rückforderungsrecht schon im § 1431 ABG zuerkannt, daher von der zustimmenden Willenserklärung des anderen Theiles nicht abhängig ist. und auf dasselbe seitens des Klägers auch nicht verzichtet wurde. Dass aber der klägerische Vertreter mit dem Erlage der 420 fl. nichts weniger als eine Schenkung zu Gunsten des Geklagten beabsichtigt habe, erhellt sowohl aus seinem obererwähnten Vorbehalte, als auch aus der bei der Zahlung noch überdies dem Vertreter des Geklagten gegenüber erklärten Motivirung derselben. Die Verbindlichkeit, welche Kläger durch die von ihm geleistete Zahlung im Sinne des § 1412 ABG aufgelöst wissen wollte, war die aus der allfällig zwischen den Parteien direct zu Stande gekommenen Provisionsvereinbarung sich ergebende. Nachdem jedoch eine solche Vereinbarung

nicht stattfand, somit die Annahme einer solchen seitens des Klägers sich als eine irrthümliche erwies, ist dessen Rückforderungsrecht im § 1431 ABG begründet.

Der OGH hat das obergerichtliche U. in der Erwägung bestätigt, dass mit Rücksicht auf den von dem Vertreter des Klägers bei Erlag der 420 fl. erklärten Vorbehalt ein Verzicht der Anfechtung, wie er sonst in der bewussten Zahlung einer Nichtschuld gefunden werden muss, und nach § 1431 ABG die Rückforderung ausschliesst, nicht vorliegt; dass nach der Actenlage die Vorenthaltung der zufolge des getroffenen Uebereinkommens ausgefertigten und zur Uebergabe an den Kläger bestimmten Quittung und Löschungserklärung durch den Geklagten als eine unberechtigte angesehen werden muss, dass demselben hieraus keine Ansprüche erwachsen können, er vielmehr, wenn der Kläger gezwungen war, zur Abwendung des ihm aus diesem Vorgehen drohenden Schadens die abverlangte Summe zu erlegen, allerdings zur Ersatzleistung verpflichtet erscheint, endlich dass bei dem Umstande, als die von dem Kläger benöthigte Löschungsquittung bereit lag und ihm lediglich von dem Geklagten vorenthalten wurde, der Nachtheil, der dem Kläger dadurch zugegangen wäre, dass derselbe nicht rechtzeitig in den Besitz der Urkunde gelangte und in Folge dessen die fällige Kaufschillingsrate nicht beheben konnte, als von dem Geklagten herbeigeführt gelten müsste.

2571.

Durch die Bestimmung des § 17 Proc.-Nov. ist die Zulässigkeit von Recursen gegen richterliche Verfügungen, welche die Durchführung von Zeugen- und Sachverständigenbeweisen betreffen, nicht ausgeschlossen.

E. v. 3. Februar 1892, Z. 1031. — (JMV 725 ex 92, Sp.-R. 151.)

In der schriftlich verhandelten Rechtssache des A wider B wegen Zahlung von 5600 fl. hat das OLG den Appellationsrecurs des Klägers gegen den seinen Antrag auf Wiederholung eines auf Grund des Beiurtheils bereits durchgeführten Sachverständigenbeweises abweisenden erstrichterlichen B. als unzulässig zurückgewiesen, weil nach § 17 Proc.-Nov. gegen die Zulassung eines Sachverständigenbeweises, daher auch gegen die Durchführung desselben ein abgesonderter Recurs nicht zulässig ist.

Ueber Hofrecurs des Klägers fand der OGH die E. II. J. zu beheben und dem OLG die meritorische E. des Appellationsrecurses des Klägers aufzutragen, weil der § 17 des obbezogenen Gesetzes, welcher als Ausnahmsbestimmung streng zu interpretiren ist, lediglich von der Appellation gegen ein Beiurtheil spricht, während es sich hier um eine Verfügung handelt, welche die Modalitäten der Durchführung eines an-

hängigen Beweisverfahrens zum Gegenstande hat, und auf welche die allgemeinen Vorschriften der Gerichtsordnung über die Zulässigkeit der Rechtsmittel gegen die im Zuge des Processverfahrens getroffenen Verfügungen Anwendung finden müssen.

Zugleich wurde die Eintragung des obenstehenden Satzes in das Spruchrepertorium beschlossen.

2572.

Die Anmeldung einer Steuer für einen verheimlichten Bestandzins kann auch nach erfolgter executiver Versteigerung des Reales rechtswirksam erfolgen und muss als Vorzugspost auf den Meistbot gewiesen werden.

E. v. 3. Februar 1892, Z. 1093. — (GH 25 ex 92, Seite 215.)

Laut des Bescheides der I. J. betreffend die Vertheilung des Meistbotes per 10.572 fl. für das am 6. Juni 1891 executiv versteigerte, von Hermine K. erstandene Haus der Augustine P., Nr. 724 in T. wurde der seitens des k. k. Steueramtes in Vertretung des Aerars liquidirte Betrag an Nachtragszinssteuer im Höchstbetrage von 2000 fl. weder in bevorzugter Rangordnung noch sonst auf den Meistbot gewiesen, weil diese liquidirte Steuer durch ein in Rechtskraft erwachsenes Erkenntniss nicht erwiesen erscheint, die Einverleibung erst nach vollzogener Feilbietung erfolgte, dieselbe sohin schon nach den bestehenden gesetzlichen Normen weder eine bevorzugte Rangordnung geniesst, noch auch bisher rechtskräftig, ob der Realität Nr. C. 724 in T. pfandrechtlich sichergestellt ist, und weil endlich im Liquidirungs-Protocolle seitens des Vertreters des Aerars selbst angeführt wurde, dass die Untersuchung bezüglich der gegen Augustine P. eingeleiteten Zinssteuerverheimlichung noch im Zuge ist.

Dem von der k. k. Finanzprocuratur in Vertretung des Steuerärars dagegen eingebrachten Recurse hat die II. J. dahin stattgegeben, dass die vom k. k. Steueramte in Vertretung des Steuerärars angemeldete Nachtragszinssteuer von ungefähr 2000 fl. aus dem Kaufschillinge verwahrt werde; weil es sich um eine Gebäudesteuer handelt, welche nach dem Gesetze auf dem Objecte haftet, daher aus dem Objecte, beziehungsweise dermalen dem Kaufpreise hiefür zu zahlen ist und den sämmtlichen Hypothekarforderungen vorangeht. Da jedoch im vorliegenden Falle die Nachtragssteuer erst dann bemessen, beziehungsweise ziffermässig festgestellt werden kann, bis die wegen Zinsverheimlichung gepflogenen Erhebungen geschlossen sein werden, so hat die k. k. Bezirkshauptmannschaft in T. unter'm 30. Juni 1891, Z. 21226, sonach nach erfolgter licitatorischer Veräusserung die Nachtragssteuer per 2000 fl. auf dem bereits executiv verkauften Reale vormerken lassen und wurde dieselbe auch bei der

Liquidirungstagfahrt zum Meistbote angemeldet. Nachdem die Nachtragssteuer vor der executiven Feilbietung erwachsen ist, so kann dieselbe nur die Vorbesitzerin und nicht den executiven Ersteiger treffen, und da dieser eben nur den Kaufschilling und nichts mehr zu leisten, beziehungsweise zu bezahlen hat, so kann diese in die privilegirte Rangordnung zuzuweisende Nachtragssteuer nur aus dem Meistbote für die verkaufte Realität bezahlt werden. Wenn daher der Ersteiger gegen die Zuweisung, eventuell Verwahrung protestirt, so ist das ein offenbares Unverständniss der Rechtslage, weil dem Ersteiger doch ganz gleichgiltig sein kann, an wen er zahlt, weil er immer nur den Kaufschilling und nichts mehr zu zahlen haben wird. Dass die Vormerkung des Höchstbetrages der Nachtragssteuer per 2000 fl. erst nach erfolgter Feilbietung erwirkt worden ist, ändert an der Sache nichts, weil die Steuer in jener Periode erwachsen ist, wo die Executin noch Besitzerin der Realität war. Es ist also gleichgiltig, wann die grundbücherliche Eintragung erfolgt ist. Wenn daher dermal die Verwahrung dieses Betrages per 2000 fl. ausgesprochen wird, so ist dies nur zu Gunsten des Ersteigers, welcher trotzdem dagegen opponirte, und musste daher dem Recursbegehren stattgegeben werden, wobei bemerkt wird, dass der bei der Liquidirung intervenirende k. k. Steueramtsadjunct wohl das Begehren auf Zuweisung gestellt hat und um blosse Verwahrung nicht ansuchte, dass aber dieses allerdings unbegründete Begehren durch den Recurs auf das richtige Mass zurückgeführt wurde.

Den Revisionsrecursen zweier in Folge der obergerichtlichen Erledigung leer ausgehender Tabulargläubiger hat der OGH theilweise dahin stattzugeben befunden, dass die liquidirte Nachtragszinssteuer im Höchstbetrage von 2000 fl. nur bezüglich der für die letzten drei Jahre vor der Versteigerung verheimlichten und rückständigen Hauszinssteuer verwahrt werde, im Uebrigen jedoch den Recursen keine Folge zu geben befunden; weil nach dem Hofd. vom 10. Sept. 1825, Nr. 2821, der Betrag der dreijährigen Realsteuer überhaupt, mag er also bereits vorgeschrieben oder erst später hervorgekommen sein, das Vorzugsrecht vor den grundbücherlichen Haftungen geniesst, weil dieses Vorrecht auch im § 31, Z. 1, der CO vom 25. Dec. 1868, RGB für 1869 Nr. 1, aufrecht erhalten wurde, und weil eine Zinssteuerverheimlichung doch offenbar den Pfandgläubigern zu einem gerechten Vortheile nicht gereichen kann, weil daher die oberlandesgerichtliche Erledigung nur der auch von der Finanzprocuratur angestrebten Beschränkung auf die für die letzten drei Jahre vor der Versteigerung verheimlichten Steuer bedarf, im Uebrigen aber die Verwahrung des Höchstbetrages gesetzlich gerechtfertigt ist.

2573.

Der Vorname des Firmainhabers muss mit dem in der Firma bezeichneten Vornamen zwar nicht übereinstimmen, im Firmenregister ist jedoch der Vorname des Firmainhabers ersichtlich zu machen.

E. v. 3. Februar 1892, Z. 1252. — (GH 14 ex 92, Seite 120.)

Die I. J. hat dem Abraham N aufgetragen, die Richtigstellung der in Folge B. vom 21. März 1885, Z. 1871, geschehenen Eintragung seiner Firma „Alfred N“ bezüglich der Firma und der Firmazeichnung zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden, weil aus den von der k. k. Bezirkshauptmannschaft vorgelegten Acten hervorgeht, dass N in Wirklichkeit den Vornamen „Abraham“ hat und nicht berechtigt ist, den Vornamen „Alfred“ zu führen, daher die Eintragung der Firma „Alfred N“ vom 21. März 1885, Z. 1871, nach Art. 16 HGB ungesetzlich erscheint.

Den Recurs des Abraham N hat die II. J. abgewiesen, weil ein Einzelkaufmann nach Art. 16 HGB als Firma nur seinen Familiennamen mit oder ohne Vorname führen darf, woraus sich ergibt, dass nur der wirkliche, nicht aber ein fingirter Vorname in die Firma aufgenommen werden darf.

Dem a. o. Revisionsrecurse des Abraham N hat der OGH stattzugeben und die angefochtenen gleichförmigen E. dahin abzuändern befunden, dass Abraham N lediglich angewiesen wird, um die Eintragung in das Handelsregister anzusuchen, dass Inhaber der Firma „Alfred N“ Abraham N sei; weil nach Art. 15 HGB die Firma eines Kaufmannes der Name ist, unter welchem er im Handel seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgibt, wobei nach Art. 16 ein Kaufmann, welcher sein Geschäft ohne Gesellschafter oder nur mit einem stillen Gesellschafter betreibt, seinen Familiennamen mit oder ohne Vornamen als Firma führen, zwar keinen Zusatz beifügen darf, welcher ein Gesellschaftsverhältniss andeutet, wohl aber andere Zusätze anwenden kann, welche zur näheren Bezeichnung der Person oder des Geschäftes dienen, woraus hervorgeht, dass das Gesetz bei der ersten Eintragung einer Firma dem Vornamen überhaupt kein Gewicht beimisst, weil im Art. 20, Abs. 2, dem Kaufmanne, dessen Vor- und Familienname mit einem in das Handelsregister bereits eingetragenen Kaufmanne gleich ist, anheimgestellt wird, ob er sich seiner beiden Namen mit einem Unterscheidungszusatze bedienen wolle oder nicht, weil auch Art. 22 HGB unzweifelhaft ersehen lässt, dass die Firma nicht unbedingt mit dem wirklichen Namen des Kaufmannes übereinstimmen muss, weil es daher an jedem gesetzlichen Grunde fehlt, nur deshalb, weil später hervorgekommen ist, dass der Beschwerdeführer in der Geburtsmatrik nicht mit dem für seine Firma gewählten Vornamen „Alfred“, sondern mit dem Vornamen „Abraham“ eingetragen erscheint, ihn zu der Aenderung seiner nunmehr seit 29. März 1885 thatsächlich

geführten Firma zu verhalten, indem es zur Vermeidung jeder Beirrung gewiss vollkommen ausreicht, wenn er in die fünfte Spalte des Registers als Inhaber der bestehenden Firma mit dem richtigen Geburtsnamen eingetragen wird, weshalb es sonach von dem über diese Eintragung hinaus gesetzwidrigen Auftrage nach § 16 des Abh. Pat. abzukommen hat.

2574.

Wenn der Delat in der Lage ist, sich über die Richtigkeit einer ihm unbekannten Thatsache verlässlich zu informiren, so ist der zurückgeschobene Eid kein unstatthafter Selbsteid des Deferenten.

E. v. 4. Februar 1892, Z. 827. — (Práv. XXI ex 92, Seite 734.)

I. st.-del. BG Pilsen.
II. OLG Prag.

Während der Abhandlung des Nachlasses nach Josef B, zu welchem sich ausser den auf den Rechtsweg gewiesenen Testamentserben E, F und G auch der Sohn des Erblassers, Franz B, und die Witwe desselben, Elisabeth B, beide zu Budweis wohnhaft, aus dem Gesetze erbserklärten, begehrte A gegen diese gesetzlichen Erben das Erkenntniss: es sei die mit der Nummer 13709 versehene goldene Uhr (näher specificirt) Eigenthum des A, mithin aus dem Inventare nach Josef B auszuscheiden, die Belangten seien schuldig, dieselbe dem A auszufolgen und die Gerichtskosten zu bezahlen. Die I. J. wies die Klage unbedingt ab.

Gründe:

A gründet seinen Eigenthumsanspruch auf die Behauptung, dass der Erblasser ihm die von ihm vindicirte Uhr anfangs October 1890 zur Aufbewahrung übergeben habe; als er sohin am 20. October d. J. bei Josef B die Nacht hindurch wachte und ihn pflegte, dankte ihm Josef B für diese erwiesene Bereitwilligkeit und Liebe, und ersuchte ihn gleichzeitig, die ihm zur Aufbewahrung übergebene Uhr als Geschenk für die bezeugte Zuneigung anzunehmen. A sprach hiefür seinen Dank aus und erklärte, die Uhr fortan als die seinige behalten zu wollen. Die Belangten widersprechen vor Allem die besagte Schenkung, weshalb dem A der Beweis hierüber obliegt, welchen er durch Anbietung des rückschiebbaren Haupteides führt, gegen dessen Zulassung die Belangten sich verwahren. Diese Verwahrung ist begründet, denn die Belangten sind nach der eigenen Angabe des A zu Budweis wohnhaft, daher entfernt von der Ortschaft D, wo der Erblasser wohnte und starb, und wo auch nach Angabe des A der bewusste Schenkungsvertrag zu Stande gekommen sein soll, bei dessen Abschluss kein Dritter zugegen war. A hat ferner keinerlei derartige Umstände angegeben, aus denen zu folgern wäre, dass die Belangten über das wirkliche Zustandekommen des Schenkungsvertrages durch Nachfrage oder auf andere Weise eine bestimmte Kenntniss erlangen könnten. Aus den

Aussagen der vernommenen Zeugen H, dann der Marie J, Schwester des Erblassers, und deren Sohnes Johann J, sämmtlich zu D wohnhaft, geht weder mit Bestimmtheit hervor, dass jene Schenkung stattgefunden habe, noch auch, dass dies nicht der Fall sei. Die Belangten könnten also diesen Thatumstand nicht ihres Wissens und Erinnerns eidlich widersprechen, sondern müssten den hierüber angebotenen Haupteid zurückschieben, wodurch derselbe als Selbsteid erschiene, was sowohl den Grundsätzen über die Beweismittel überhaupt, sowie auch den Bestimmungen der §§ 206 und 207 wg. GO widerstreiten würde; denn es lässt sich aus dem Wortlaute des § 207 wg. GO in Verbindung mit dem Wortlaute des § 206 ibid. nicht folgern, dass man dem einen Streittheile über alle erdenkbaren Thatumstände Eide auftragen könne, also auch über solche, bezüglich deren Richtigkeit er sich keine Kenntniss verschaffen kann. Da nun andere Beweismittel über die Thatumstände der von A behaupteten Schenkung nicht angeboten wurden und die Zeugin Marie J., auf welche allein A sich zur Darthuung des Umstandes berief, dass ihr der Erblasser von der an A erfolgten Schenkung erzählt habe, diese Behauptung bei ihrer Vernehmung nicht bestätigte, so war die Klage abzuweisen.

Ueber Appellation des A machte die II. J. das Ergebniss des Strittes von der Ablegung des dem A zurückgeschobenen Haupteides des Inhaltes abhängig, dass Josef B beiläufig am 20. October 1890 den A aufgefordert habe, die ihm anfangs October 1890 in Verwahrung gegebene goldene Uhr für die ihm geleisteten Dienste sich zu behalten und dass er, A, dieselbe als Geschenk von Josef B angenommen habe; denn in der Behauptung des A, dass ihm Josef B die anfangs October 1890 zur Aufbewahrung übergebene Uhr etwa am 20. October d. J. für geleistete Dienste ausdrücklich geschenkt hat, liegt der Rechtstitel und die Erwerbungsart des Eigenthums des vindicirten Gegenstandes; der über diesen Umstand dem Belangten aufgetragene Haupteid wurde in der Duplik dem A zurückgeschoben. Es besteht aber kein auf den § 207 AGO basirter Grund, auf diesen Haupteid nicht zu erkennen. Denn die Belangten haben sich laut ihres „Schliesslich“ zum Nachlasse des Schenkenden bedingt aus dem Gesetze erbserklärt, und diese Erbserklärung wurde zu Gericht angenommen; gemäss des § 547 ABG tritt jedoch der Erbe, sobald er die Erbschaft angenommen hat, an die Stelle des Erblassers, und es sind Beide angesichts eines Dritten als eine Person anzusehen. Die Belangten führen auch den Process im eigenen Namen und kann ihnen daher der Eid in Gemässheit des § 207 cit. sowohl über eigene als auch fremde Handlungen aufgetragen werden. Es lässt sich auch nicht behaupten, dass der Haupteid hier unstatthaft sei, weil die Belangten aus eigener Erfahrung von dem erwähnten Thatumstande keine Kenntniss haben, denn in dieser Richtung sind bereits die oben benannten Zeugen vernommen worden; sie haben über das zwischen A und Josef B bestandene Verhältniss ausgesagt, das Motiv der

Schenkung einigermassen aufgeklärt und überhaupt solche Thatsachen angeführt, aus denen die Belangten sich eine Ueberzeugung über die Sachlage zu bilden vermochten. Diese Zeugenaussagen sind demnach nicht im Widerstreite mit der Eidesformel, und da die Belangten dem A den Eid bereits in der Duplik zurückgeschoben haben, so war auf den zurückgeschobenen Eid zu erkennen und hievon der Ausfall des Streites abhängig zu machen. Die Einwendung, dass Elisabeth B als Witwe keine Erbin und daher nicht passiv legitimirt sei, ist ungegründet, weil nach § 757 ABG ihr Erbtheil als Erbschaft anzusehen ist. Die von den Belangten weiters eingewendeten Thatumstände, dass A erst über längeres Andringen des Gerichts-Abgeordneten erklärte, im Besitze der Uhr zu sein, und dass er dieselbe früher einmal von Josef B kaufen wollte, sind so allgemeiner und unbestimmter Art, dass auf dieselben wegen ihrer Irrelevanz kein Bedacht zu nehmen ist.

Ueber Appellation der Belangten bestätigte der OGH die E. II. J. aus deren Gründen.

2575.

Auch in einem kaufmännischen Concurse ist die Frist zur Appellation in einem Stritte wegen Liquidanerkennung von Forderungen nicht die achttägige, sondern die vierzehntägige.

E. v. 4. Februar 1892, Z. 1079. — (GH 16 ex 92, Seite 138.)

I. HG Reichenberg.
II. OLG Prag.

Die am 28. October 1891 bei der I. J. von dem Massaverwalter im Concurse der Verlassenschaft des handelsgerichtlich protocollirt gewesenen Kaufmannes L. L. gegen die handelsgerichtlich protocollirte Firma Josef L. & Comp. in deren Rechtsstritte wegen Liquidanerkennung der Wechselforderungen von 500 fl. und 2000 M. und der Buchforderung von 454·75 fl. s. N. G. überreichte Appellationsanmeldung und Beschwerde gegen das in diesem Stritte ergangene U. wurde von der I. J. unter Hinweis auf die klare Bestimmung des § 9 des Pat. vom 9. April 1782, JGS, Nr. 41, an welcher der § 131 der CO nichts geändert hat, als verspätet (da am 13. Tage nach der Urtheilszustellung überreicht) zurückgewiesen.

Ueber den Recurs des geklagten MV hat die II. J. den angefochtenen Bescheid dahin abgeändert, dass die eingebrachte Appellation dem Gegentheile um seine binnen 14 Tagen zu erstattende Appellationseinrede zugestellt wird; denn nach § 131 CO sind die besonderen Processe nach den Vorschriften über das ordentliche, d. i. jenes Verfahren zu verhandeln und zu entscheiden, welches sich nach der Beschaffenheit der Streitsache als das ordentliche für dieselbe darstellt und es sind auch die zur Einleitung

des Executions-, Mandats- und Wechselprocesses geeigneten Fälle nicht nach den Vorschriften dieser besonderen Processe, sondern in dem nach dem Streitgegenstande ordentlichen Verfahren zu verhandeln.

Nun kann in Ansehung von Wechelforderungen, wenn bezüglich derselben ein Liquidirungsstritt im Concurse geführt wird, nicht das Verfahren nach dem Pat. vom 9. April 1782, JGS, Nr. 41, als das ordentliche angesehen werden, weil dieses Patent, soweit es die im § 1 genannten Wechselprocesse betrifft, durch die Verordnung des Justiz-Ministeriums vom 25. Jänner 1850, RGB Nr. 52, aufgehoben erscheint und auch rücksichtlich einer Wechselforderung, wenn diese 500 fl. nicht übersteigt, das summarische, andernfalls das schriftliche Verfahren als das ordentliche im Sinne des § 131 CO gelten, weil, nachdem gemäss dieses Paragraphs in diesem Falle auch die Bestimmungen der citirten JMV nicht zur Anwendung kommen, das Verfahren sich nur nach dem Betrage des Streitgegenstandes bestimmen kann.

Da vorliegend Wechselforderungen von 500 fl. und 2000 Mark den Streitgegenstand bilden, ist sonach das ordentliche, schriftliche Verfahren eingetreten.

Allerdings ist auch eine Buchforderung von 454·75 fl. im Stritte verfangen; allein da es ein gemischtes Verfahren nicht gibt, dieses nur ein und dasselbe sein kann, bei Vorhandensein mehrerer Streitgegenstände jenes Verfahren eintreten muss, welches sich als das weitere darstellt, und das durch die allgemeine GO geregelte Verfahren dem durch das oben citirte Patent geschaffenen und eine Ausnahmsbestimmung bildenden Verfahren gegenüber als das weitere erscheint, kann diese Buchforderung auf das Verfahren keinen Einfluss üben, zumal die Wechselforderungen auch den Hauptgegenstand bilden.

Bei dieser Sachlage erscheint die Appellation aber nicht verspätet, weil das U. am 15. October 1891 zugestellt und die Appellation am 28. October 1891, daher innerhalb der im § 252 AGO normirten Frist eingebracht wurde und war über diese Appellation nach § 255 AGO vorzugehen.

Den ordentlichen Revisionsrecurs der klägerischen Firma hat der OGH abzuweisen befunden, weil im vorliegenden Falle die Appellationsfrist mit Rücksicht auf das ordnungsmässig eingeleitete schriftliche Verfahren nach § 252 AGO eine vierzehntägige ist, und auf die eine Ausnahme hievon statuirende Bestimmung des § 9 des Pat. vom 9. April 1782, JGS Nr. 41, angesichts der Vorschrift des § 131 CO, welche gemäss § 191 CO auch im kaufmännischen Concurse Anwendung findet, ein Bedacht nicht genommen werden kann.

2576.

Die wider den Exequenten angestrengte Anfechtungsklage berechtigt den Kläger nicht, die Sistirung der executiven Feilbietung zu verlangen, welche dem Belangten zur Hereinbringung der ihm wider den Schuldner zugesprochenen, nun angefochtenen Forderung bewilligt wurde.

E. v. 4. Februar 1892, Z. 1092. — (GZ 17 ex 92, Seite 133.)

I. BG Turnau.
II. OLG Prag.

In der Executionssache des Johann N. gegen Antonia W. pcto. 300 fl. s. N. G. begehrte der Verwalter der CM der letzteren die Sistirung der bewilligten executiven Mobilarfeilbietung, weil er gegen den Exequenten eine Klage auf Rechtsunwirksamkeitserklärung jener Forderung von 300 fl. überreicht hat und durch den Vollzug der Feilbietung den Gläubigern ein unersetzlicher Schade entstehen könne.

Die I. J. hat die Feilbietung bis zur Austragung des Anfechtungsprocesses vorläufig sistirt.

Ueber den Recurs des Exequenten Johann N. wurde von der II. J. in Abänderung des angefochtenen B. dem Sistirungsbegehren des Masseverwalters keine Folge gegeben, weil der CM selbst an der Realisirung des Massevermögens, welche eben durch die Feilbietung der Fahrnisse der Antonia W. zu Stande kommt, gelegen sein muss, und die angesuchte Sistirung im Gesetze nicht begründet ist, zumal sich der Masseverwalter nicht einmal zum Erlage einer Caution, wie sie im § 46 AG vorgesehen erscheint, angeboten hat.

Der dagegen eingebrachte Revisionsrecurs des Masseverwalters wurde vom OGH abgewiesen, wobei erwogen wurde, dass auch im Falle der Ueberreichung einer Anfechtungsklage die gesetzlichen Rechtsmittel wegen Sistirung einer Execution nicht geändert worden sind; dass der Masseverwalter sein Gesuch um Suspendirung der executiven Feilbietung nur damit begründet, dass durch den Vollzug der Feilbietung den Gläubigern ein unersetzlicher Schade entstehen könne; dass aber dieser Umstand nicht zureicht, um eine bewilligte Execution zu sistiren, da ein Gesetz nicht besteht, welches den Fortgang der Execution aus jenem Grunde einstellen würde; dass das Hofd. vom 29. Mai 1845, JGS Nr. 889, da es auf der hier nicht zutreffenden Voraussetzung beruht, dass dritte Personen in ihren Rechten auf die gepfändeten Sachen verletzt worden sind, hier überhaupt nicht angewendet werden kann; dass demnach der Revisionsrecurs abzuweisen war.

2577.

Die Anschaffung eines Hilfsstoffes behufs Weiterveräusserung begründet dann kein Handelsgeschäft, wenn der Hilfsstoff in der Bearbeitung seine Substanz und seine gemeine Beschaffenheit verliert.

E. v. 11. Februar 1892, Z. 788. — (GH 23 ex 92, Seite 196.)

I. st.-del. BG Troppau.
II. OLG Brünn.

Wider die bei der I. J. überreichte Klage des Kaufmanes A gegen den Gerbermeister B auf Bezahlung eines Kaufpreises von 75 fl. für abgenommenen Thran wendete der Letztere unter Anderem auch die Incompetenz des angerufenen Gerichtes und zwar deshalb ein, weil er als Gerbermeister den Thran zur Verarbeitung und Weiterveräusserung angekauft habe, demnach diese Anschaffung des Thranes sich auf seiner Seite als ein absolutes Handelsgeschäft im Sinne des Art. 271 HGB darstellt und sohin nicht dieses Gericht, sondern das LG Troppau zur E. dieser Rechtssache competent erscheint.

Die I. J. hat der Einwendung der Incompetenz stattgegeben und den Kläger mit seiner Klage ab- und an das zuständige Gericht gewiesen, und zwar in der Erwägung, dass der Kläger selbst den Geklagten als Gerber bezeichnet und in der Schlussrede auch zugibt, dass der Geklagte den Thran gekauft habe, um mit Hilfe desselben die Häute zu verarbeiten. Der Kauf des Thranes von Seite des Geklagten stellt sich daher auf dessen Seite als ein absolutes Handelsgeschäft gemäss Art. 271 HGB dar; denn dieser Artikel darf keineswegs so beschränkt ausgelegt werden, als ob ein Kauf der Waaren oder anderer beweglicher Sachen, um sie weiter zu veräussern, nur dann ein Handelsgeschäft sei, wenn diese Waaren oder Sachen als solche, welche sie beim Ankaufe gewesen, nämlich ohne wesentliche Aenderung ihrer Natur weiter veräussert werden sollen, welche beschränkte Auslegung nur dann eine gerechtfertigte wäre, wenn dieser Artikel nur die Bestimmung enthielte, dass es keinen Unterschied mache, ob diese Waaren oder Sachen in Natur oder nach einer Bearbeitung weiter veräussert werden sollen. Der Art. 271 HGB erklärt jedoch den Kauf von Waaren mit der Absicht, dieselben weiter zu veräussern, auch dann als ein Handelsgeschäft, wenn diese Weiterveräusserung der angeschafften Waaren nach deren Verarbeitung, also nachdem dieselben ihre Natur geändert haben, erfolgen soll. Der Geklagte ist zugestandenermassen Gerbermeister, er betreibt somit gewerbsmässig den Verkauf des von ihm zubereiteten Leders. Wie der Geklagte behauptet und der Kläger auch zugibt, bestellte er den Thran in der Absicht, denselben in seinem Geschäfte bei der Bear-

beitung des Leders zu verwenden, somit selben zu verarbeiten und wenn auch nicht in Natur, so doch in dem Producte dieser Verarbeitung, nämlich in den durch den Process des Gerbens zu Leder gewordenen Häuten aufgegangen oder enthalten, weiter zu veräussern. Da nun der Thran bei der Bearbeitung der Häute oder des rohen noch ungegerbten Leders im Sinne des Art. 271 HGB verarbeitet wird, und weil es offenbar ist, dass in dem Preise des ausgegerbten Leders nicht nur der Preis der Häute in rohem Zustande, nämlich des noch ungegerbten Leders und der Arbeitslöhne, sondern auch der Preis des beim Gerben verarbeiteten Thranes inbegriffen ist und somit beim Verkaufe des Leders in ausgegerbtem Zustande auch der zur Herstellung dieses Zustandes der Waare verwendete Thran mitverkauft wird, so kann es keinem Zweifel unterliegen, dass die Anschaffung des Thranes von Seite des Geklagten auf Seite desselben ein absolutes Handelsgeschäft bildet und musste demnach der Einwendung der Imcompetenz stattgegeben werden.

Ueber Appellation des Klägers hat die II. J. die E. I. J. abgeändert und die vom Geklagten erhobene Einwendung der Incompetenz zurückgewiesen, weil der Ankauf einer Waare oder anderer beweglicher Sachen, um dieselben weiter zu veräussern, in einem Falle, in welchem diese Waare oder Sache nach Bearbeitung oder Verarbeitung weiter veräussert werden soll, nur dann als ein Handelsgeschäft im Sinne des Art. 271, Z. 1 HGB aufzufassen ist, wenn das betreffende Kaufobject entweder unverändert oder in einer höchstens ihre Form, keineswegs aber auch ihre Substanz und gemeine Beschaffenheit verändernden Bearbeitung oder Verarbeitung weiter veräussert zu werden bestimmt ist. Es hat daher der Geklagte, indem er mit Rücksicht darauf, dass er den Thran behufs dessen Weiterveräusserung nach Verarbeitung bei der Ledererzeugung ankauft, die Competenz des Handelsgerichtshofes in Anspruch nimmt, die Beweislast in der Richtung übernommen, dass der Thran bei der erwähnten Verarbeitung seine Substanz und gemeine Beschaffenheit nicht ändere. Derselbe hat es jedoch ungeachtet der klägerischen Widersprechung unterlassen, die Rolle, welche der Thran in seinem Ledererzeugungsgeschäfte spielt, näher und insbesondere in der Richtung zu erläutern, um den etwaigen Ausspruch zu ermöglichen, der fragliche Thran ändere im Zuge des Ledererzeugungsverfahrens bis zur Weiterveräusserung seine Substanz und gemeine Beschaffenheit nicht. Bei dieser Sachlage ist kein Anlass vorhanden, um zu erklären, der Thran stelle im Lederbereitungsverfahren mehr oder Anderes dar, als das, was diesbezüglich der Kläger ausdrücklich behauptet, nämlich einen blossen Hilfsstoff, der zwar im gewerblichen Erzeugnisse aufgeht, bei welchem Hilfsstoffe nur indirect von einer auf Weiterveräusserung gerichteten Absicht die Rede sein kann. Der Umstand, dass der Anschaffungspreis des zur Verwendung gelangenden Thrans mit einen Factor bei der Calculation des Verkaufspreises für das End-

product darstellt, kann vorliegendenfalls nicht massgebend sein, zumal dies ja bei den Hilfsstoffen in der Regel der Fall ist. Da sonach die Voraussetzungen nicht vorliegen, um die vom Geklagten für sein Gewerbe geschehende Anschaffung von Thran als ein absolutes Handelsgeschäft im Sinne des Art. 271, Z. 1 HGB., erklären zu können, so erscheint auch die in causaler Beziehung erhobene Einwendung der Incompetenz nicht begründet.

Der Revisionsbeschwerde des Geklagten hat der OGH keine Folge zu geben und das U. der II. J. mit Hinweis auf die darin angeführten, der Sachlage und dem Gesetze entsprechenden Gründe zu bestätigen befunden.

2578.

Hat der Verkäufer sich mit der Dispositionsstellung der Waare einverstanden und zugleich bereit erklärt, dem Käufer den angeblich erlittenen Schaden zu vergüten, so muss der Käufer die Waare ohne weiters zurückstellen und wenn er sie dessen ungeachtet zurückbehalten und darüber verfügt hat, den Kaufpreis bezahlen.

E. v. 4. Februar 1892, Z. 14561. — (GH 16 ex 92, Seite 136.)

I. HG Triest.
II. OLG Triest.

Der Klage der Handelsfirma P. gegen die Firma M. auf Zahlung von 2450 Reichsmark wurde vom Handels- und Seegerichte in T. stattgegeben mit folgender, den Sachverhalt darstellender

Begründung:

Mittelst Telegramms vom 13. Nov. 1888 stellte die beklagte Firma der Klägerin 42 Fässer Thran, welche ihr von der Letzteren zugeschickt worden waren, zur Verfügung, indem sie behauptet, dass die Waare mit 30 Percent Surrogat verfälscht sei. Mittelst Telegramm vom folgenden Tage erklärte Klägerin, die zu ihrer Verfügung gestellte Waare zurückzunehmen und beauftragte die Beklagte, dieselbe unverzüglich der Firma S. zu übergeben.

Hierauf erklärte sich die Beklagte mittelst Telegramm vom gleichen Datum bereit, den Thran sogleich der Firma S. zu überlassen, sofern ihr von der Klägerin der in Folge der schlechten Beschaffenheit der Waare nachträglich erlittene Schade durch Zahlung von 200 fl. vergütet werde. Auch diesem Ansinnen fügte sich Klägerin und benachrichtigte die Beklagte, dass sie die Firma S. beauftragt habe, der Beklagten den erwähnten Betrag zu entrichten.

Nachdem solcherweise von der Klägerin alle von der Beklagten gestellten Bedingungen angenommen waren, so ist somit der Kaufvertrag, die 42 Fässer Thran betreffend, über Einverständniss beider Theile aufgelöst worden und wäre Beklagte daher verpflichtet gewesen, die Waare der Firma S. auszufolgen.

Beklagte verlangte jedoch nun von der Klägerin weiters eine Erklärung, dass sie die Streitfrage als erledigt betrachte und auf jeden darauf bezüglichen Anspruch Verzicht leiste.

Dem widersetzte sich Klägerin mit vollem Rechte; denn nachdem die Bedingungen der Vertragsaufhebung einmal beiderseitig festgestellt waren, der Kaufvertrag somit thatsächlich aufgelöst war, konnte nun Beklagte nicht noch andere Bedingungen stellen und muss vielmehr, da sie die Waare trotzdem nicht ausgefolgt hat, sondern dieselbe öffentlich feilbieten liess, und dadurch über dieselbe verfügt hat, zur Zahlung des Kaufpreises verurtheilt werden. Diesem steht auch das von der Beklagten geltend gemachte Retentionsrecht nicht entgegen. Denn im Telegramm, in welchem die Bedingungen bestimmt waren, unter welchen Beklagte zur Zurückstellung der Waare sich bereit erklärt, war des Retentionsrechtes nicht Erwähnung gethan, weshalb dafür gehalten werden muss, dass sie darauf verzichtet gehabt habe und nachdem Klägerin die von der Beklagten gestellten Bedingungen angenommen und die zu deren Ausführung geeigneten Verfügungen getroffen hatte, so lag ein Anlass zur Geltendmachung des Retentionsrechtes gar nicht vor.

Die II. J. bestätigte die E. I. J. in der Erwägung, dass die Beklagte die in Rede stehende Waare zurückwies und zur Verfügung der Klägerin stellte, welche letztere diese Zurückstellung unbedingt annahm, demzufolge Beklagte auf Grund ihres vom anderen Theile angenommenen Versprechens gehalten war, die Waare der Firma S. auszufolgen;

in Erwägung, dass, erst nachdem Klägerin die Dispositionsstellung der Waare angenommen hatte, Beklagte ihr Retentionsrecht für ihren Schaden zur Geltung brachte und den Betrag von 200 fl. beanspruchte;

in Erwägung, dass aber Beklagte demnach verpflichtet war, die Waare zurückzustellen, nachdem Klägerin sich bereit erklärt hatte, den erwähnten Betrag zu entrichten, indem sie die Firma S. als ihren Agenten anwies, gegen Auszahlung derselben die Waare in Empfang zu nehmen;

in Erwägung, dass Beklagte, ihrem Versprechen zuwiderhandelnd, die Waare bei sich behielt, wodurch die Dispositionsstellung von selbst entfiel, welche die Bedeutung hat, dass der Verkäufer über die Waare weiter verfügen und dieselbe vom Käufer zurückziehen könne, was ihm vom letztern im vorliegenden Falle nicht einmal gegen Entrichtung des von ihm zur Vergütung seines Schadens geforderten Betrages gestattet wurde;

in Erwägung, dass, da auf solche Weise die Dispositionsstellung wieder aufgehoben und die Waare trotz der von ihm gerügten Fehler vom Käufer gegen den Willen des Verkäufers zurückgehalten wurde, ohne für deren Aufbewahrung im Sinne des Art. 348 HGB zu sorgen, angenommen werden muss, dass die Waare zuletzt doch vom Käufer ohne Anstand in Empfang genommen worden sei, und dass alle weiteren Proteste und Erhebungen bezüglich des Zustandes der Waare von keinem Belange seien, nachdem Kläger sich bereit erklärte, dieselbe, so wie sie war, gegen Entrichtung des beanspruchten Entschädigungsbetrages zurückzunehmen;

in Erwägung, dass Beklagte gegen Entrichtung dieses Betrages die bereits angebotene Rückstellung der Waare nicht mit Grund deshalb verweigern durfte, weil Klägerin nicht auf die Geltendmachung weiterer Ansprüche verzichten wollte, da diese Bedingung in dem ursprünglichen Angebote nicht enthalten war und durch einen solchen Verzicht der Klägerin doch nicht behindert werden konnte, den als Entschädigung bezahlten Geldbetrag allenfalls zurückzufordern, wenn es sich herausstellen sollte und sie zu erweisen vermochte, dass Beklagte keinen Schaden erlitten habe;

in Erwägung, dass daher die von der Beklagten gegen die Beschaffenheit der Waare erhobenen Anstände somit als behoben anzusehen sind, nachdem Beklagte von der Dispositionsstellung der Waare wieder abgestanden ist und die Waare behalten hat, weshalb sie auch verpflichtet ist, den Kaufpreis dafür zu bezahlen.

Die von der Beklagten überreichte a. o. Revision wurde vom OGH aus dem Grunde verworfen, weil die E. der I. und II. J. keine offenbare Ungerechtigkeit enthalten, wenn erwogen wird, dass die Klägerin über die telegraphische Anzeige der Beklagen vom 13. November 1888, womit sie die Waare zur Verfügung stellte, im telegraphischen Wege am 14. November 1888 antwortete, dass sie mit der Zurückstellung der Waare einverstanden sei und die geeigneten Anordnungen erliess, damit die Uebergabe an die zur Empfangnahme beauftragte Firma S. erfolge; dass der Vorbehalt, die Beschaffenheit der Waare zu untersuchen, nach Art. 348 HGB in der Befugniss der Klägerin stand; dass Beklagte dadurch, dass sie die Waare nicht übergab, von ihrer ersten Erklärung zurückgetreten ist und dadurch, dass sie die Klägerin nicht in die Möglichkeit versetzte, über dieselbe zu verfügen, die Wirkung jener Erklärung vereitelte; dass Klägerin auch auf die nachfolgende Erklärung der Beklagten, welche die Waare auf Grund des geltend gemachten Retentionsrechtes zurückhielt, bis ihr 200 fl. als Entschädigung gezahlt würden, Rücksicht nahm, indem sie rechtzeitig Vorkehrung traf, dass dieser Betrag der Beklagten ausgezahlt würde; dass nach alledem die Weigerung der Beklagten, die Waare zurückzustellen, auch nicht unter dem Gesichtspunkte des Retentionsrechtes zu rechtfertigen war (Art. 313 – 315 HGB); dass bei Berücksichtigung dieser Umstände die Beklagte sich nicht beklagen darf, dass

ihr auferlegt worden ist, der Klägerin den Preis der Waare, welche ihr in Folge des verabredeten Kaufvertrages übersendet und von ihr in Empfang genommen wurde, zu bezahlen; weshalb bei Abgang einer der Voraussetzungen des Hofd. vom 15. Februar 1833, Z. 2593, der a. o. Revision keine Folge gegeben werden konnte.

2579.

Die vereinbarte Provision bei einer Geschäftsvermittlung ist nur dann zu bezahlen, wenn das vermittelte Geschäft auch realisirt wurde.

E. v. 4. Februar 1892, Z. 15024. — (JB 12 ex 92, Seite 141.)

A belangte den B auf Zahlung einer restlichen Provision von 110 fl.

Die I. J. hat dem Klagebegehren stattgegeben und zwar aus folgenden

Gründen:

Der Kläger behauptet, dass sich der Geklagte am 25. Jänner 1890 an ihn als Inhaber einer Privatgeschäfts-Vermittlungsanstalt wegen Vermittlung eines Hypothekardarlehens in der Höhe bis 7500 fl. gewendet und sich verpflichtet habe, dem Kläger nach eingelangter Darlehensbewilligung sofort 2 Percent des bewilligten Darlehens als Honorar zu bezahlen. Der vom Geklagten als echt anerkannte, vom Kläger bei der Ergänzungsverhandlung in Urschrift vorgelegte diesbezügliche Honorarbrief vom 25. Jänner 1890 lautet wörtlich: „Indem ich Ihnen die Vermittlung eines Darlehens bis zur Höhe von 7500 fl. übergebe, erkläre ich mich mit den Bestimmungen des Geschäftsreglements Ihrer Anstalt vollkommen einverstanden und verpflichte mich, nach eingelangter Darlehensbewilligung Ihnen sofort 2 Percente des bewilligten Darlehens zu bezahlen“ u. s. w. Durch die übereinstimmenden Angaben beider Theile ist weiter erwiesen, dass die X'er Sparcasse über Vermittlung des Klägers dem Geklagten ein Darlehen in der Höhe bis 6300 fl. unter dem 29. Jänner 1890 bewilligte, dass der Geklagte sich mit dieser Bewilligung einverstanden erklärte und die diesbezügliche Erklärung vom 3. Februar 1890 unterschrieben hat. Gegenüber diesen Zugeständnissen des Geklagten erscheinen alle Widersprüche desselben und auch der Umstand, dass das bewilligte Darlehen schliesslich doch nicht realisirt wurde, bedeutungslos, da die Verpflichtung des Geklagten zur Zahlung des zweipercentigen Vermittlungshonorars mindestens in dem Augenblicke eingetreten ist, in welchem er die Darlehensbewilligung der X'er Sparcasse annahm. Thatsächlich hat der Geklagte auf diese Provision auch einen Theilbetrag von 16 fl. gezahlt. Die Verurtheilung des Geklagten ist somit begründet.

Die II. J. hat das Klagebegehren abgewiesen.

Gründe:

Der Kläger hat die Vermittlung eines Darlehens für den Geklagten bis zur Höhe von 7500 fl. übernommen und hat sich Letzterer in dem

Honorarbriefe vom 25. Jänner 1890 verpflichtet, nach eingelangter Darlehensbewilligung dem Kläger sofort 2 Percent des bewilligten Darlehens zu bezahlen; weiters alle Gebühren, Auslagen, Mühewaltungen etc. auch bei eventuellem erfolglosen Resultate sogleich nach Bekanntgabe zu vergüten. Ueber Vermittlung des Klägers hat nun die X'er Sparcasse dem Geklagten ein Darlehen in der Höhe von 6300 fl. gegen Sicherstellung auf seiner Wirthschaft in erster grundbücherlicher Rangordnung bewilligt, jedoch nicht ausgezahlt, weil die Bedingung der ersten Priorität nicht erfüllt werden konnte, indem nach den Angaben des Geklagten und auch des als Zeugen vernommenen Dr. C unter den Gläubigern, deren Gesammtforderungen 10.000 fl. ausmachen, solche sich befanden, welche die Quittirung, Löschung oder Prioritätsabtretung ihrer bedeutenden Forderungen vor der wirklichen Begleichung derselben verweigerten. Der Kläger begehrt nun auf Grund des Honorarbriefes die zweipercentige Provision, weil das Darlehen bewilligt wurde und er den später eingetretenen Ereignissen, welche die Erfüllung des Darlehens verhinderten, ferne steht. Der erste Richter gründet seine Entscheidung, mit welcher er dem Klagebegehren stattgibt, auf den Wortlaut des Honorarbriefes und hält die Verpflichtung des Geklagten zur Zahlung des Honorars in dem Augenblicke eingetreten, in welchem er die Darlehensbewillgung annahm, ohne den ganzen Zusammenhang des Honorarbriefes, das Wesen des Lohnvertrages und die Absicht der Parteien näher in Erwägung zu ziehen. Es liegt aber in der Natur des Lohnvertrages, dass durch die Arbeit, deren Verrichtung der Bestellte gegen einen gewissen Lohn übernimmt, dem Besteller ein Dienst geleistet und das Werk verfertigt werde. Der Anspruch des Klägers auf die Provision setzt nach der Natur des Geschäftes und der unverkennbaren Absicht des Geklagten voraus, dass Letzterer bei einem Geldinstitute ein Darlehen nicht blos bewilligt, sondern vielmehr, dass dieses bewilligte Darlehen auch realisirt, ausbezahlt werde und zweckdienlich verwendet werden könne. Der Kläger hätte vielleicht noch einen Anspruch auf die Provision bei blos bewilligten Darlehen, wenn später durch Ereignisse die Realisirung des Darlehens verhindert, diese Ereignisse in der Person des Geklagten eingetreten wären und der Kläger denselben ferne gestanden wäre. Diese Voraussetzung trifft jedoch nicht zu, es hat dieses auch der Kläger weder behauptet noch bewiesen. Die X'er Sparcasse hat das Darlehen blos bedingungsweise bewilligt, jedoch aus den angeführten ausserhalb der Person des Geklagten liegenden Gründen nicht ausgezahlt, weshalb das Darlehen auch nicht als vermittelt angesehen werden kann. Hierbei kann selbst auf die vom Geklagten widersprochene Repliksanführung des Klägers, dass der Geklagte nach Einlangen und Bekanntgabe der Darlehensbewilligung ihm die Zahlung des Honorars mündlich zugesichert und gebeten habe, ihm nur kurze Zeit nachzuwarten und auf den hierüber angebotenen Beweis keine Rücksicht genommen werden, weil

diese Zusicherung ebenfalls nur für den Fall der Realisirung des Darlehens gemeint ausgelegt werden könnte. Die unverkennbare Absicht des Geklagten, die 2 Percent Provision nur für den Fall des realisirten Darlehens zu zahlen, geht auch aus dem Schlusssatze des Honorarbriefes hervor, nach welchem er sich verpflichtete, auch bei eventuellem erfolglosen Resultate dem Kläger alle Gebühren, Auslagen, Mühewaltung etc. sogleich nach Bekanntgabe zu vergüten. Es musste daher das Klagebegehren abgewiesen werden.

Der OGH hat die E. II. J. unter Hinweisung auf die derselben beigefügten, der Sachlage und dem Gesetze entsprechenden, durch die Ausführungen der Revisionsbeschwerde nicht widerlegten Gründe zu bestätigen befunden.

2580.

Zur Giltigkeit des Versprechens einer Entschädigung neben dem Gehalt für im Dienste gehabte Mühe und Sorge ist ein Notariatsact erforderlich.

E. v. 4. Februar 1892, Z. 726. — (JB 16 ex 92, Seite 191.)
I. HG Prag.
II. OLG Prag.

Die Klage des Franz G., Fabriksleiters in E., gegen Gustav L., Fabrikanten in P., auf Zahlung von 3000 fl. wurde von der I. J. abgewiesen aus nachstehenden

Gründen:

Nach Inhalt der Klage wurde Franz G. durch Gustav L. als technischer Leiter seiner Fabrik in E. im Juli 1885 gegen ein Jahresgehalt von 1200 fl., freier Wohnung, Beheizung und Beleuchtung angestellt. Kläger musste sich im Dienste des Geklagten ausserordentlich anstrengen, umsomehr, als Geklagter in P. lebte, so dass alle Sorgen auf dem Kläger lasteten und er auch die Stelle eines kaufmännischen Leiters verwaltete. Gustav L. annoncirte anfangs 1888 ohne Vorwissen des Klägers, dass er die Fabrik veräussern wolle, worauf Kläger sich einen anderen Posten suchen zu wollen erklärte und nur über Wunsch des Geklagten, der ihm versprach, ihm eine andere Stelle für den Verkaufsfall zu verschaffen, blieb. Kläger war für den Verkauf der Fabrik rastlos durch Vorweisung an Reflectanten und Ertheilung von Auskünften thätig. Mit Brief vom 30. Mai 1888 schrieb Gustav L. dem Franz G., er habe die Fabrik mit 70.000 fl. angestellt; könne er die Fabrik verkaufen, so biete er ihm 3000 fl. Entschädigung. Der Geklagte sagte seit dem Briefe vom 30. Mai 1888 wiederholt zum Kläger, dass er ihm im Falle des Fabriksverkaufes eine Entschädigung von 3000 fl. geben werde, damit Kläger etwas für seine Mühe und Sorge und einmal eine Grundlage für eine weitere Existenz

habe, womit sich Kläger einverstanden erklärte. Ende December verkaufte nun wirklich Gustav L. seine Fabrik an Bernard B. um 56.000 fl., womit der Fall eingetreten war, für welchen die Zusage erfolgte. Kläger stellte sohin das Klagebegehren auf Bezahlung des ihm versprochenen Entschädigungsbetrages per 3000 fl. Ueber die Einwendung des Geklagten, dass er dem Kläger nur eine Provision von 3000 fl. für den Fall des Verkaufes der Fabrik um 70.000 fl. in Aussicht gestellt habe, dass das gegebene Versprechen nach Darstellung des Klägers gemäss § 940 ABG eine remuneratorische Schenkung wäre, die gegebenen Falles der zu ihrer Giltigkeit erforderlichen Form des Notariatsactes entbehre, dass ferner bei dem erfolgten Verkaufe der Fabrik an Bernard B. diese Provision auf 1000 fl. herabgemindert worden sei, die Kläger auch thatsächlich erhalten habe, und dass Kläger überhaupt keinen Ersatz- oder Entschädigungsanspruch nachgewiesen hat, führt nun Kläger in der Replik aus, dass sich sein Anspruch keinesfalls als ein solcher auf Ersatz für einen erlittenen Schaden darstelle, dass dieser Betrag auch keine Vermittlungsprovision bedeute, sondern eine Entschädigung, das heisst ein Entgelt, bestimmt, den Kläger für die aufreibende Thätigkeit im Dienste des Geklagten zu entschädigen, das ist zu entlohnen, daher ein Lohnbetrag. Alle diese Anführungen des Klägers sind jedoch nicht dazu angethan, um einen genügenden Rechtsgrund zu bilden, und musste demnach die Klage wegen mangelnden Rechtsgrundes abgewiesen werden, abgesehen davon, dass Kläger das in der Klage gestellte Begehren auf Zahlung eines Entschädigungsbetrages wider die Vorschrift des § 49 GO in einen Anspruch auf einen Lohnbetrag umgewandelt hat. Weder das Schreiben vom 30. Mai 1888 noch die weiteren behaupteten Zusagen des Geklagten enthalten die Kriterien eines Lohnvertrages; denn ersteres bezeichnet den Betrag per 3000 fl. selbst als Entschädung, während die weiteren Zusagen nur das Versprechen einer Schenkung für bereits geleistete und entlohnte Dienste enthalten; auch ein anderer Vertrag, aus welchem Kläger einen Anspruch deduciren könnte, ist in den Zusagen des Geklagten nicht enthalten. Allein auch wenn dies der Fall wäre, ergeben die Angaben und Zugeständnisse des Klägers, dass dieser Vertrag novirt und der Kläger befriedigt ist.

Die II. J. bestätigte diese E. mit der Begründung, dass sich die vom Kläger behaupteten Zusagen des Geklagten lediglich als Versprechen einer Belohnung für bereits geleistete Dienste aus Erkenntlichkeit und in Rücksicht auf die Verdienste des Klägers darstellen, ohne dass der Kläger bereits vorher auf dieselbe ein Klagerecht gehabt hätte, da er seinen Gehalt bezog und diese Dienste durchaus nicht eine selbstständige, über den Jahresgehalt hinausgehende Verpflichtung begründen können; mangels der Form des Notariatsactes ist ein solches Versprechen ungiltig (§ 938 und 940 ABG und Gesetz vom 25. Juli 1871, RGB Nr. 76). Schon

aus diesem Grunde musste die Klage abgewiesen werden, ohne erst auf weitere Einwendungen einzugehen.

Die a. o. Revisionsbeschwerde des Klägers wurde vom OGH zurückgewiesen, weil der Kläger zugestandenermassen sein Gehalt bis Ende 1888 bezahlt erhalten hat, weil ferner die in dem Briefe vom 30. Mai 1888 und die mündlich gemachten Zusagen sich nur als Schenkung im Sinne des § 938 und 940 ABG darstellen, da der Kläger selbst erklärt, auf den Ersatz eines Schadens, der ihm durch den Verkauf der Fabrik etwa verursacht wurde, keinen Anspruch zu haben, dass der ihm versprochene Betrag auch keine Vermittlungsprovision sei, sondern dass der Geklagte ausdrücklich erklärt habe, dass er ihm diesen Betrag für die Mühe und Sorge geben wolle, welche Kläger in seinen Diensten aufgewendet hat, das ist für mühe- und sorgenvolle Arbeiten, welche der Kläger dem Geklagten geleistet hat und welche das Normale überstiegen haben, während der Kläger nicht behauptete und auch nicht zu behaupten vermochte, dass er auf den Betrag von 3000 fl. bereits vorher ein Klagerecht hatte, welche Schenkung für den Kläger mangels der Form des Notariatsactes kein Klagerecht begründet; weil ferner auf die in der Replik vorkommende Anführung, dass es sich dem Geklagten darum gehandelt habe, den zwischen ihm und dem Kläger bestehenden Lohnvertrag bis zum Verkaufe der Fabrik zu erhalten, und dass er diese nur dadurch erreichen konnte, dass er dem Kläger eine Entschädigueg für die ihm schon geleisteten und noch zu leistenden Dienste und Arbeiten versprach, als auf eine unzulässige Aenderung des Klagegrundes kein Bedacht genommen werden kann; weil endlich demnach in den gleichlautenden, die Klage abweisenden untergerichtlichen U. eine offenbare Ungerechtigkeit nicht erblickt werden kann, die gemäss Hofd. vom 15. Februar 1833, JGS Z. 2593, eine Bedingung der Abänderung bildet.

2581.

Die Vertretungskosten des später enthobenen Curators des Abwesenden hat dieser gegen Regress an den Kläger im Falle seines Obsiegens oder des Nachweises der unrechtmässigen Bestellung zu bezahlen.

E. v. 4. Februar 1892, Z. 1046. — (Sp. III ex 92, Seite 192.)

In der Streitsache des A gegen den abwesenden B, welchem über Ansuchen des A der Advocat C zum curator absentis bestellt wurde, hat die I. J. über den im Laufe der Verhandlung von dem ausgewiesenen Bevollmächtigten des B gestellten Antrag den Advocaten C von der Curatel enthoben und ihm die verrechneten Vertretungskosten gegen A zuerkannt.

Die II. und III. J. änderten den angefochtenen B. im Kostenpunkte ab und erkannten, dass B unter Aufrechthaltung des Regresses an A für den Fall des Obsiegens in der Sache selbst oder der Erwirkung einer gerichtlichen E., dass A die Bestellung des Curators unrechtmässig veranlasste, dem Advocaten C die Kosten zu bezahlen hat, denn erst in diesen beiden Fällen wird nach §§ 24 und 26 Proc.-Nov. und § 512 wg. GO rücksichtlich Hofd. vom 18. Mai 1790 lit. c, JGS Nr. 23, die eigentliche Grundlage für die endgiltige Verpflichtung zur Tragung der Kosten gegeben sein, während in erster Reihe zur Zahlung derselben nach § 18 AO die Partei verpflichtet ist, für welche der Curator bestellt war.

2582.

Nach stattgehabter Liquidirungstagfahrt steht weder dem Concurscommissär noch dem Concursgerichte eine Ingerenz auf die Beschlüsse hinsichtlich allfälliger Rückforderungs- beziehungsweise Ausscheidungsansprüche zu.

E. v. 7. Februar 1892, Z. 757. — (JB 17 ex 92, Seite 203.)

I. KG Znaim.
II. OLG Brünn.

Ueber das Vermögen des Grundbesitzers Johann N. in T. wurde nach § 63 CO der Concurs eröffnet. Laut Inventur vom 27. Juni 1892 und 19. Juli 1892 wurde der Vermögensstand, darunter Mobilien und Realitäten, mit 5290 fl. festgestellt. Bei der Inventur der Mobilien hat die Gattin des Cridatars, Katharina N., dieselben als Eigenthum angesprochen und es hat auch der Concurscommissär einen Theil der Mobilien im Werthe von 89 fl. als von der Execution ausgeschlossen ausgeschieden. Da zwischen Johann N. und Katharina N. laut der notariellen Ehepacten ddto. 31. October 1885 eine allgemeine Gütergemeinschaft bestand, welche durch die Concurseröffnung aufgelöst wurde, stellte Katharina N. das Begehren, dass von dem im Concurse des Johann N. inventirten Vermögen, und zwar a) von den als Mobilien inventirten Gegenständen im Werthe von 166·60 fl. die Hälfte per 83·30 fl., b) von den in T. befindlichen Realitäten G. E. 2687 im Gesammtwerthe von 4700 fl. die Hälfte per 2350 fl., c) von dem Erlöse für Früchte per 132·60 fl. die Hälfte per 66·30 fl., und d) der ganze Acker Parcelle Nr. 77 in W., welcher der Katharina N. zum Alleineigenthum vorgeschrieben und der Gütergemeinschaft nicht unterzogen war, im Werthe von 380 fl., also ein Vermögen von 2879·60 fl. ausgeschieden werde.

Die I. J. hat das Gesuch abgewiesen.

Ueber den Recurs der Katharina N. hat die II. J. den angefochtenen B. dahin abgeändert, dass a) von den als Mobilien inventirten Gegenständen per 166·60 fl., beziehungsweise nach Abrechnung der hiervon

mit dem B. des Concurscommissärs vom 30. Juni 1892, Z. 10810, bereits ausgeschiedenen Gegenständen im Werthe von 89 fl. per 77·60 fl. die Hälfte per 38·80 fl., b) von den in T. befindlichen Realitäten G. E. 2687 im Gesammtwerthe von 4700 fl. die Hälfte per 2350 fl., c) von dem Erlöse für Früchte von diesen Realitäten per 132·60 fl. die Hälfte per 66·30 fl., und d) der ganze Acker Parcelle Nr. 77 in W. per 380 fl., im Ganzen sonach ein Vermögen von 2835·10 fl. ausgeschieden werde.

Ueber den Revisionsrecurs des CMV hat der OGH die beiden untergerichtlichen E. aufzuheben und dem Concursgerichte zu verordnen befunden, dasselbe habe die Acten an den Concurscommissär mit der Weisung zu leiten, über das von Katharina N. eingebrachte Gesuch die Beschlussfassung der Gläubigerschaft im Sinne des § 148, Absatz a, respective § 144 CO zu veranlassen; dies aus nachstehenden

Gründen:

Nach § 2 des kais. Pat. vom 20. November 1852, RGB Nr. 251, hat der Richter in nicht streitigen Rechtsangelegenheiten und in Concursangelegenheiten die Verhältnisse, welche die Zuständigkeit bestimmen, von Amtswegen zu untersuchen; ebenso bestimmt der § 2 Abh. Pat., dass der Richter auch in nichtstreitigen Rechtsangelegenheiten die Grenzen seiner Gerichtsbarkeit nicht überschreiten soll. Nach der CO ist das Begehren um Ausscheidung von Vermögensstücken aus der CM den Rückforderungsansprüchen gleichgestellt, indem die §§ 26 und 27, welche solche Rückforderungsansprüche behandeln, von der Rückstellung oder Ausscheidung von nicht in die CM gehörigen Vermögensstücken sprechen, daher Rückforderung oder Ausscheidung gleichmässig zu behandeln sind. Daraus geht hervor, dass, wie im § 137, auch in den §§ 147 und 148 CO, in denen von Rückforderungsansprüchen die Rede ist, darunter auch das Begehren um Ausscheidung aus der CM verstanden wird. Nach § 147 alinea c CO kann die Anerkennung von Rückforderungsansprüchen, also auch von Ansprüchen auf Ausscheidung vor Abhaltung der allgemeinen Liquidirungstagfahrt nur mit Ermächtigung des Concurscommissärs erfolgen, dagegen nach Abhaltung der Liquidirungstagfahrt die im § 147 aufgezählten Geschäfte und Rechtshandlungen auf Grundlage eines von dem Gläubigerausschusse in Gemeinschaft mit dem Masseverwalter nach Vorschrift des § 140 gefassten Beschlusses zu unternehmen sind. Insbesondere bezüglich der Rückforderungsansprüche auf unbewegliche Güter setzt der § 148 alinea a CO fest, dass dieselben vor der allgemeinen Liquidirungstagfahrt nur mit Ermächtigung des Concursgerichtes, nach Abhaltung derselben jedoch nur auf Grund eines Beschlusses der Gläubigerschaft anerkannt werden können. Diese Gesetzesbestimmungen zeigen klar, dass nach Abhaltung der allgemeinen Liquidirungstagfahrt sowohl in Betreff der Unbeweglichkeiten weder dem Concurscommissär, noch dem Concurs-

gerichte eine Ingerenz auf die hinsichtlich der Rückforderungs- beziehungsweise Ausscheidungsansprüche zu fassenden Beschlüsse zusteht, dass vielmehr das Gesetz die Autonomie der diesbezüglich zur E. berufenen Factoren gewahrt wissen will. Und da die allgemeine Liquidirungstagfahrt am 10. August 1892 abgehalten worden war, das Ausscheidungsgesuch der Gattin des Cridatars aber erst am 28. August 1892 überreicht worden war, so ist es offenliegend, dass die Gerichte zur E. über dasselbe nicht berufen waren, die Beschlussfassung über das Gesuch der Katharina N. vielmehr der Gläubigerschaft des Gemeinschuldners zusteht, weshalb behufs Einberufung der Gläubigerschaft zum Zwecke dieser Beschlussfassung durch den Concurscommissär die eingangs bezogene Verfügung veranlasst werden muss. Hierbei versteht es sich von selbst, dass es der Katharina N. unbenommen bleibt, im Falle der Ablehnung ihres Gesuches seitens der Gläubigerschaft ihre diesbezüglichen Ansprüche im Sinne des § 2, Z. 7 Abh. Pat. im ordentlichen Rechtswege geltend zu machen.

2583.

Das Ausgedinge ist kein im Sinne des § 2 des Gesetzes vom 10. Juni 1887, RGB Nr. 74, von der Execution ausgenommenes Vermögensobject des Schuldners.

E. v. 9. Februar 1892, Z. 1204. — (GZ 22 ex 92, Seite 150.)

Dem Gesuche der A um Ausserkraftsetzung eines B., mit welchem dem B die sicherstellungsweise Sequestration des Ausgedinges der A bewilligt worden war, hat die I. J. Folge gegeben und die bereits bewilligte und vollzogene Sequestration aufgehoben, weil die Tendenz der Exec.-Nov. dahin geht, dass der Schuldner nicht aller zum Lebensunterhalte unumgänglich nöthigen Mittel entblösst, sondern dass demselben wenigstens so viel belassen werde, als zu seiner Subsistenz bis zu dem Zeitpunkte, in dem er sich einen weiteren Unterhalt verschaffen kann, unbedingt nothwendig ist; weil A ausser der exequirten Habe kein weiteres Vermögen besitzt und das exequirte Ausgedinge so geringfügig ist, dass es die Executin nur nothdürftig ernähren kann.

Die II. J. hat über den Recurs des B diesen B. aufgehoben und angeordnet, vorläufig Erhebungen über den Umfang und Werth des Ausgedinges, dann über die Erfordernisse des Lebensunterhaltes der Ausgedingsberechtigten zu pflegen, um sonach beurtheilen zu können, ob und inwieweit ihr Ausgedinge exequirbar ist.

Der OGH hat dem a. o. Revisionsrecurse des B stattgegeben, und die beiden untergerichtlichen E. dahin abgeändert, dass A mit ihrem Begehren um Aufhebung der dem B bewilligten sicherstellungsweisen Sequestration ihres Ausgedinges abgewiesen wird, weil der § 2 Exec.-Nov. jene Vermögensobjecte des Schuldners, welche von der Execution ausge-

nommen sind, taxativ anführt, und es nicht angeht, diese Ausnahmsbestimmung auf andere Objecte, die dort nicht ausdrücklich angeführt sind, wie dies bezüglich der Erträgnisse, welche erst im Wege der Sequestration hereinzubringen sind, der Fall ist, auszudehnen; weil Inhalt und Umfang des der Sequestration unterzogenen Ausgedinges aus dem Sequestereinführungsprotocolle zu ersehen ist und unter den zu sequestrirenden Gegenständen Nahrungs- und Feuerungsmittel, die etwa schon zur Zeit der Einführung des Sequesters vorhanden gewesen wären, und auf welche allein die Bestimmung des § 2, Z. 2, des citirten Gesetzes Anwendung finden könnte, sich nicht befinden, diese sonach gar nicht den Gegenstand der Sequestration bilden. Hiernach erscheint ebenso die erstrichterlich verfügte Aufhebung der Sequestration, wie die auf der principiellen Anerkennung der Zulässigkeit der Ausdehnung des § 2 des citirten Gesetzes auf erst zu erzielende Sequestrationsergebnisse beruhende Verfügung des oberen Richters dem Gesetze nicht entsprechend.

2584.

1. Der „auf die Zeit des Bedarfes" geschlossene Bestandvertrag ist ein zeitlich begrenzter.

2. Der Verzicht des Bestandgebers auf die Kündigung während „der Zeit des Bedarfes" widerstreitet nicht dem Wesen des Vertrages.

E. v. 9. Februar 1892, Z. 1300. — (Przegl. IV ex 92, Seite 100.)

I. BG Przeworsk.
II. OLG Krakau.

Im Stritte über die Einwendungen der k. k. Finanzprocuratur namens der k. k. Geniedirection gegen die Kündigung des Gutsherrn A, betreffs mehrerer zur Bequartirung der k. k. Cavallerie vermietheter Gebäude, erkannte die I. J. auf Unwirksamkeit dieser Kündigung; denn es ist zwischen den Parteien nicht streitig, dass der Avisant mittelst Vertrages ddto. 1. April 1874 die bezeichneten Gebäude zur Bequartirung der k. k. Cavallerie auf die Zeit vom 1. April 1874 bis Ende März 1884 mit dem im Punkte 6 vereinbarten Vorbehalte in Bestand gab, dass der Vertrag als stillschweigend auf das nachfolgende Jahr erneuert gelten sollte, falls eine Kündigung desselben spätestens drei Monate vor Ablauf des letzten Bestandjahres nicht erfolgt, dass ferner der Avisant thatsächlich von diesem Vorbehalte des Kündigungsrechtes keinen Gebrauch gemacht hat und hiedurch dieser Bestandvertrag stillschweigend von Jahr zu Jahr bis zu Ende März 1891 erneuert wurde, dass endlich nach Ablauf der ersten im obdatirten Vertrage festgesetzten Bestandzeit der Zusatzvertrag ddto. P. den 24. April 1884 abgeschlossen wurde, gemäss dessen der in Rede stehende Bestandvertrag vom 1. April 1884 an auf so lange Zeit zu gelten habe, als das Kriegsärar diese Gebäude benöthigen wird, und dass dem Avisanten

während der Bestandperiode ein Kündigungsrecht nicht zukomme. Dennoch will Avisant seine Kündigung als rechtswirksam angesehen wissen, weil der besagte Zusatzvertrag aus dem Grunde ungiltig sei, dass der Bestandvertrag auf unbestimmte Zeit abgeschlossen wurde, was den laut § 1090 cit. zur Existenz des Bestandvertrages unumgänglich nöthigen Erfordernissen widerstreitet. In der Erwägung jedoch, dass der Avisant in gegenwärtigem Stritte die Ungiltigerklärung dieses Zusatzvertrages nicht begehrt hat und nicht begehren konnte, kann diese Frage in vorliegendem Processe nicht entschieden werden; laut § 2 des Bestandverfahrens ist hier nur der Umstand entscheidend, ob dem Avisanten auf Grund des bestehenden Bestandvertrages das Recht der Kündigung zustehe; da nun Avisant in Uebereinstimmung mit der Behauptung des Avisaten eingestanden hat, kraft des obberufenen Zusatzvertrages auf das Kündigungsrecht verzichtet zu haben, und durch diesen Vertrag die ursprüngliche Vereinbarung diesbezüglich abgeändert wurde, so war wie oben zu erkennen.

Ueber Appellation des Belangten erhielt die II. J. die gegebene Kündigung in Kraft; denn der Belangte bestreitet nicht, den in Rede stehenden Zusatzvertrag abgeschlossen zu haben, wendet aber ein, derselbe sei rechtsunwirksam, weil der Bestandvertrag auf unbestimmte Zeit abgeschlossen wurde, und weil derselbe eine Bestimmung enthält, welche den Avisanten des Kündigungsrechtes beraubt, sohin mit den Vorschriften der §§ 1090 und 1115 cit. im Widerspruche steht. Da nun die Klagsseite eben im Grunde dieses Zusatzvertrages die Kündigung anficht, so sind schon in vorliegendem Processe die auf diesem Zusatzvertrage fussenden Einwendungen des Belangten in Erwägung zu ziehen und insbesondere aber zu erörtern, ob dieser Zusatzvertrag den Bestandgeber in Wahrheit des Kündigungsrechtes beraubte. In dieser Richtung nun wird bemerkt, dass laut § 1090 cit. der Bestandvertrag auf eine gewisse Zeit abgeschlossen werden muss, dass ferner gemäss § 1113 ibid. der Bestandvertrag mit Ablauf der ausdrücklich oder stillschweigend bedungenen Frist erlischt, und dass endlich kraft § 1116 cit. in jenen Fällen, in denen die Dauer des Bestandvertrages weder ausdrücklich noch stillschweigend, noch auch durch besondere Vorschriften bestimmt ist, der Vertrag in Folge Kündigung des einen oder des anderen Vertragstheiles aufgehoben werden kann. Aus der Combinirung dieser gesetzlichen Bestimmungen geht jedoch unwiderlegbar hervor, dass zur Wesenheit des Pachtvertrages die Aufhebung desselben, sei es durch den Ablauf der Zeit oder auf Grund der Kündigung des einen oder des anderen Vertragstheiles gehört, und zwar behufs Aufrechthaltung des im § 1090 cit. ausgesprochenen Grundsatzes, dass die Dauer des Bestandvertrages bestimmt sein muss. Der Zusatzvertrag, kraft dessen die ursprüngliche Vereinbarung auf die Zeit des Bedarfes, mithin auf eine unbestimmte Zeit verlängert wurde, kann auf Grund der Kündigung des einen oder anderen Vertragstheiles nach § 1116

ibid. aufgehoben werden; diese ursprüngliche Vereinbarung ist insofern giltig, als sie die Bestimmungen des ABG und insbesondere die im § 1090 ibid. festgesetzte, in den §§ 1113 und 1116 entwickelten Maxime nicht alterirt. Anders verhält es sich aber betreffs jener Bestimmung in dem erwähnten Zusatzvertrage, kraft deren der Avisant sich des Kündigungsrechtes begeben hat; denn diese Bestimmung alterirt in dem gegenwärtigen Falle, in welchem die Dauer der Bestandzeit nicht festgesetzt wurde, die Vorschrift des § 1116 cit., welche in Ausführung der im § 1090 ibid. ausgesprochenen Grundregel erlassen wurde und entbehrt mithin jeder Rechtswirkung. Im Grunde dieses Zusatzvertrages kann daher die Klagsseite die Kündigung nicht mit Erfolg anfechten, nachdem dieselbe durch die Bestimmung des § 1116 ib. und des § 2 Bestandverfahrens gerechtfertigt erscheint.

Ueber Revision der k. k. Finanzprocuratur hat der OGH die E. I. J. wieder hergestellt; denn aus den Bestimmungen der §§ 1113 und 1116 cit. geht hervor, dass der Bestandvertrag auch auf die Zeit des Bedarfes mit Rechtswirkung abgeschlossen werden kann, und es kann auch mit Bedacht auf die Bestimmungen der §§ 878, 897, 699 und 1381 ib. nicht bezweifelt werden, dass dem Bestandgeber das Recht zusteht, auf das ihm zustehende Rechtsmittel der Kündigung Verzicht zu leisten. Im Hinblick auf diese rechtlichen Momente war auch der Zusatzvertrag vom 21. April 1884 als entscheidend und rechtlich verpflichtend anzusehen, insolange derselbe nicht im Rechtswege als rechtsunwirksam erklärt wird, weshalb die Kündigung des Bestandgebers als vertragswidrig abzuweisen war.

2585.

Die Kosten der über Ansuchen des Obsiegenden angeordneten Exrotulirungstagfahrt sind demselben nicht zuzusprechen, sobald der Gegner vor dieser Tagfahrt um Zustellung der Acten an die Parteien durch die Post angesucht hat.

E v. 9. Februar 1892, Z. 1394. — (GH 19 ex 92, Seite 163.)

I. BG Bischofteinitz.
II. OLG Prag.

Nachdem über Ansuchen des A, welcher im Stritte gegen B obgesiegt hatte, die Tagfahrt zur Exrotulirung der Acten angeordnet war, brachte B vor der Tagfahrt ein Gesuch ein, es mögen behufs Kostenersparung dem A die ihm gehörigen Acten per Post zugestellt werden und es möge von der Tagfahrt sein Abkommen haben.

Dieses Gesuch hat die I. J. dahin erledigt, dass das Gesuch dem Gegner mit dem Bemerken zugestellt werde, dass ihm, falls er zur Tagfahrt nicht erscheint, die zu exrotulirenden Acten per Post werden zugeschickt werden.

Zur Tagfahrt ist nur der Vertreter des A erschienen und hat nach stattgehabter Exrotulirung nebst anderen Kosten auch die Kosten der rechtsfreundlichen Intervention und des Protocollstempels liquidirt und um deren Zuspruch gebeten.

In E. des Protocolles hat die I. J. dem A die Kosten für den Protocollstempel nebst anderen Kosten zugewiesen, dagegen das Begehren um die Kosten der Intervention bei der Tagfahrt abgewiesen, weil diese Kosten durch den B nicht verschuldet wurden und mit Rücksicht auf den B. vom 19. November 1891 nicht nothwendig waren.

Den gegen diesen B. eingebrachten Recurs des A hat die II. J. verworfen, während dem von B gleichfalls eingebrachten Recurse insoferne stattgegeben wurde, als B sich darin gegen den Zuspruch der Kosten des Protocollstempels beschwert, in der Erwägung, dass die Beschwerde des A sich als unbegründet darstellt, wenn erwogen wird, dass mit B. vom 19. November 1891, Z. 4882, beiden Theilen rechtzeitig bekanntgegeben worden ist, dass ihnen, wenn sie zur Tagfahrt nicht erscheinen sollten, die inrotulirten Acten werden zugesendet werden, und somit, wenn es auch bei der angeordneten Exrotulirungstagfahrt verblieben ist, deutlich zu verstehen gegeben wurde, dass es nicht nothwendig sei, dass die Parteien zum Behufe der Empfangnahme der Acten zur Tagfahrt erscheinen und dass auch sonst nach der Sachlage ein persönliches Erscheinen bei der Tagfahrt nicht nothwendig war, der unterliegende Theil jedoch gemäss § 24 Proc.-Nov. blos zum Ersatze der zur Rechtsdurchsetzung nothwendigen Kosten verhalten werden kann.

Es hat daher der erste Richter mit Recht dem A die Kosten der rechtsfreundlichen Intervention bei der Exrotulirungstagfahrt nicht zugesprochen; andererseits war jedoch mit Rücksicht auf obige Erwägungen der vom ersten Richter erfolgte Zuspruch der Kosten des Protocollstempels unbegründet und war daher in dieser Hinsicht dem Recurse des B stattzugeben.

Den Revisionsrecurs des A hat der OGH unter Hinweis auf die richtigen Gründe der II. J. verworfen.

2586.

Ein mit dem Waldeigenthümer abgeschlossener Kaufvertrag berechtigt den Käufer noch nicht, vor der Uebergabe mit der Abstockung und Schlägerung von Bäumen ohne Zustimmung und gegen den Willen des Eigenthümers vorzugehen.

E. v. 9. Februar 1892, Z. 1499. — (GZ 30 ex 92, Seite 238.)

Die Klage der A gegen B wegen Störung im Besitze eines Waldes wurde von der I. J. abgewiesen.

Gründe:

Die Klägerin gesteht selbst zu, dass sie dem Geklagten aus ihrem Walde mehrere Bäume verkaufte, und dass sie selbst mit dem Geklagten bezüglich der Schlägerungsgrenze nichts vereinbart habe; die Klägerin hat ihre Behauptung, dass sie dem Geklagten vor Abschluss des Vertrages die Schlägerungsgrenze durch ihren Ehegatten hat zeigen lassen, und respective, dass sie demgemäss den in dem Begehren näher bezeichneten Waldantheil von der Schlägerung ausgenommen habe, nicht erwiesen und zu erweisen nicht versucht; es muss daher angenommen werden, dass die fragliche Stempelung und Schlägerung der Bäume des klägerischen Waldes vertragsmässig geschehen sei, und selbst, wenn dies nicht der Fall wäre, würde höchstens ein theilweiser Vertragsbruch, keinesfalls aber eine Besitzstörung vorliegen. Der Klägerin kann im gegebenen Falle nur vorbehalten bleiben, im Sinne des § 5 der kais. Verordnung vom 27. October 1849, RGB Nr. 12, den ordentlichen Rechtsweg zu betreten, nicht aber im Sinne dieses Gesetzes den Schutz eines gar nicht gestörten Besitzes zu begehren.

Das OLG hat dem Recurse der Klägerin und dem Klagebegehren stattgegeben.

Gründe:

Die Klägerin hat sich bis zu der vom Geklagten unternommenen Abstempelung und Schlägerung der Bäume unstreitig im Sachbesitze der ganzen Waldparcelle und somit auch des in der Klage angeführten Waldantheils befunden. Die Behauptung des Geklagten, es habe Klägerin, beziehungsweise deren Ehegatte ihm die Stämme mit dem Rechte, selbe aus dem Umfange der ganzen Parcelle auswählen zu dürfen, verkauft, ist unerwiesen geblieben; Geklagter hat unwidersprochenermassen nach bereits eingebrachter Besitzstörungsklage die Schlägerung fortgesetzt und darin muss jedenfalls eine Eigenmächtigkeit gefunden werden, da ihm nur das Recht zustand, die Klägerin auf Erfüllung ihrer angeblichen Vertretungspflicht gerichtlich zu belangen.

Der OGH hat über den Revisionsrecurs des Geklagten die oberlandesgerichtliche E. bestätigt, denn wenn auch als erwiesen angenommen würde, dass der Geklagte vermöge des mit der Klägerin abgeschlossenen Kaufvertrages bei der Auswahl der verkauften Baumstämme auf einen Waldantheil nicht beschränkt war, sondern diese Baumstämme aus dem ganzen Umfange der Waldparcelle wählen konnte, so wäre seinem Vorgehen dennoch der Charakter der Eigenmächtigkeit nicht benommen, da er durch den mit der Klägerin abgeschlossenen Kaufvertrag nur einen Titel zum Besitze, nicht aber den Besitz selbst erlangt haben könnte, die Abstempelung und Schlägerung der Bäume ohne Zustimmung und gegen den Willen der Klägerin, somit eigenmächtig vorgenommen hat, jeder

eigenmächtige formell unberechtigte Eingriff in die Besitzsphäre eines Anderen nach § 339 ABG eine Besitzstörung und den Anspruch des Gestörten auf Untersagung des Eingriffes begründet, und die Frage, ob dem Geklagten im Grunde des vorerwähnten Kaufvertrages das angesprochene Recht auf den Besitz dieser Bäume zukomme, gemäss § 5 der kais. Verordnung vom 27. October 1849, RGB Nr. 12, im Besitzstörungsverfahren nicht zur E. gebracht werden kann. Diese Erwägungen in Verbindung mit dem vom Geklagten anerkannten Sachbesitz der Klägerin hinsichtlich der ganzen Waldparcelle und der von ihm zugestandenen Abstempelung und Schlägerung der Bäume lassen daher die oberlandesgerichtliche E. als gesetzlich begründet erscheinen.

2587.

Ueber die Kosten der Klagscautionsverhandlung ist bei vorliegendem Stritte über die ziffermässige Höhe der Caution sofort abzusprechen und sind dieselben nicht der Entscheidung in der Hauptsache vorzubehalten.

E. v. 9. Februar 1892, Z. 1466. — (JB 13 ex 92, Seite 158.)
I. HG Prag.
II. OLG Prag.

Bei der über die Klage des K gegen die Firma G pcto. 249 fl. anberaumten ersten Tagfahrt hat der Geklagte eine Klagscaution im Betrage von 50 fl. begehrt, wohingegen der Kläger, der sich bereits in der Klage zur Leistung einer Klagscaution anbot, zum Erlage einer solchen im Betrage per 30 fl. als vollkommen angemessenen sich erbot.

Die I. J. hat in Erledigung des Verhandlungsprotocolles dem Kläger K. aufgetragen, als Sicherheit für die der Geklagten erwachsenen Gerichtskosten den Betrag per 50 fl. gerichtlich unter den gesetzlichen Folgen zu zu erlegen und die von beiden Streittheilen liquidirten Kosten der Entscheidung in der Hauptsache selbst vorbehalten, weil in der Verhandlung sich Kläger selbst zum Erlage einer Klagscaution im Betrage per 30 fl. erbot, während die Geklagte den Betrag per 50 fl. beanspruchte, die Streittheile somit blos über die Höhe der zu bestimmenden Sicherheit uneinig waren und es deshalb Sache des Gerichtes ist, eine angemessene Höhe der Klagscaution festzustellen und in dieser Richtung der bestimmte Betrag von 50 fl. der Höhe des eingeklagten Betrages und der muthmasslichen Ausdehnung dieses Rechtsstrittes entspricht. Die Kosten dieser Zwischenverhandlung wurden der Entscheidung in der Hauptsache vorbehalten, weil dermalen von der Sachfälligkeit eines der nur in der Ziffer differirenden Streittheile nicht die Rede sein kann.

Ueber Recurs des Geklagten hat die II. J. den vorstehend genannten Bescheid in Ansehung des Ausspruches über die Kosten der Cautionsstritt-

verhandlung dahin abgeändert, dass der Kläger K. schuldig ist, der recurrirenden Firma die Kosten des obangeführten Incidenzstrittes und die Recurskosten zu ersetzen, weil der Kläger der ihm gemäss § 406 AGO obliegenden Pflicht, sofort mit der Klage dem Beklagten eine annehmbare Sicherheit für die Kosten zu bestellen, nicht nachgekommen ist, und die blosse Anbietung, eine Klagscaution eventuell im Baarem zu leisten, als eine solche Sicherheitsbestellung nicht in Betracht kommen kann. Kläger habe sonach durch Nichtbeachtung der obigen gesetzlichen Vorschrift die Verhandlung über die Leistung einer angemessenen Sicherheit für die Processkosten veranlasst und es sei der hierdurch anhängig gewordene Streit, gleichwohl es sich in demselben nur um die Höhe der zu bestimmenden Sicherheit gehandelt hat, als Nebenstreit im Sinne des § 401 AGO anzusehen, über dessen Kosten gemäss der oben bezogenen Gesetzesstelle sofort, wie darüber der Spruch ergeht, abgesprochen werden müsse. Vorliegend sei der Kläger in diesem Nebenprocesse deshalb sachfällig geworden, weil vom Richter erst eine entsprechende Caution und noch dazu in einem höheren Betrage, als solche Kläger zu leisten bereit war, mittelst Erkenntnisses ausgesprochen werden musste.

Den gegen diese Entscheidung vom Kläger ergriffenen Revisionsrecurs hat der OGH mit Verweisung auf die richtigen zweitinstanzlichen Gründe abgewiesen.

2588.

Ein bei einer Sparcasse angestellter Beamter kann von der gerichtlichen Vertretung derselben dann ausgeschlossen werden, wenn er als Winkelschreiber bekannt oder abgestraft wurde.

E. v. 9. Februar 1892, Z. 1573. — (GH 21 ex 92, Seite 182.)

Die I. J. hat der Direction der Sparcasse der Stadt X bekanntgegeben, dass der als Winkelschreiber bekannte und wegen Winkelschreiberei auch schon abgestrafte Buchhalter und Cassier der Sparcasse namens N von nun an als Vertreter und Bevollmächtigter der Sparcasse der Stadt X bei diesem k. k. Bezirksgerichte nicht mehr zugelassen werden könne.

Den Recurs der Direction der Sparcasse der Stadt X hat die II. J. abgewiesen, weil die Intervention eines Privatbevollmächtigten in Streitsachen überhaupt nur im Summar- und Bagatellverfahren zulässig erscheint, in diesen beiden Verfahren aber gemäss § 9 Summ.-Pat. und Bag.-Verf. bekannte Winkelschreiber als Bevollmächtigte zur Verhandlung überhaupt nicht zugelassen werden dürfen, N bei dem k. k. Bezirksgerichte in X nicht blos als Winkelschreiber bekannt, sondern überdies wegen Winkelschreiberei abgestraft ist und bei der ganz allgemeinen Anordnung der bezogenen Gesetzesstellen sonach auch in jenen Fällen, wo N etwa als Angestellter der X'er Sparcasse auftreten wollte, keine Ausnahme gemacht werden kann.

Dem a. o. Revisionsrecurse der Direction der Sparcasse hat der OGH keine Folge zu geben befunden, weil die von dem k. k. Bezirksgerichte in X ausgesprochene Ausschliessung des wegen Winkelschreiberei abgestraften N von der gerichtlichen Vertretung der Sparcasse der Stadt X aus den der oberlandesgerichtlichen Entscheidung beigefügten Gründen gesetzlich gerechtfertigt erscheint, zumal N, auch wenn er als Buchhalter der genannten Sparcasse in Vertretung derselben vor Gericht auftritt, doch nur als Vertreter einer Partei angesehen werden kann, als ein bekannter Winkelschreiber aber von einer jeden Parteienvertretung vor Gericht ausgeschlossen ist und die Sparcasse keinen Grund hat, sich dadurch für beschwert zu halten, dass ihr im Voraus die Nichtzulassung ihres Buchhalters zu ihrer Vertretung vor dem X'er Bezirksgerichte bekanntgegeben wurde.

2589.

Wenn dem Käufer die gekaufte Waare von dem Pfandgläubiger des Verkäufers mit dem Vorbehalte geliefert wird, dass die Forderung des Pfandgläubigers bezahlt werden müsse, und dass der Käufer vor Bezahlung des Pfandgläubigers über die Waare nicht verfügen dürfe, so ist der Käufer im Falle der Verfügung über die Waare verpflichtet, die Forderung des Pfandgläubigers zu berichtigen.

E. v. 10. Februar 1892, Z. 882. — (GH 31 ex 92. Seite 265.)

I. BG Freistadt.

II. OLG Brünn.

Osias W. belangte mit Klage den Franz S. auf Zahlung von 200 fl.

Die I. J. hat die Klage abgewiesen; denn nach den klägerischen Behauptungen hat der Geklagte von dem Kaufmanne Berman M. in T. eine Ladung Rohfrüchte, bestehend aus 67 Sack Roggen und 35 Sack Erbsen gekauft. Die gekaufte Ladung war dem Kläger wegen eines Vorschusses, den derselbe dem Berman M. gegeben hatte, verpfändet und befand sich der Kläger im pfandweisen Besitze der Waare. Der Verkäufer Berman M. beauftragte den Kläger, die Waare dem Geklagten mit der Weisung zu übersenden, dass er vorerst den als Vorschuss erhaltenen Betrag von 500 fl. dem Kläger auszuzahlen habe und dann erst über die Waare verfügen dürfe. Der Kläger übersendete dem Geklagten die Waare am 14. Februar 1889, am Tage darauf, d. i. am 15. Februar, ein Begleitschreiben, worin er ihm mittheilte, dass er ihm die zwar dem Berman M. gehörige, aber dem Kläger für den Vorschuss von 500 fl. als Handpfand dienende Waare mit dem ausdrücklichen Vorbehalte übersende, dass er erst nach Einzahlung des Betrages per 500 fl. über die Waggonladung verfügen dürfe und dass er sich bis zur Einzahlung des Betrages per 500 fl. nur als Verwahrer der Waggonladung zu betrachten habe. Der Geklagte

überschickte dem Kläger nach Behebung der Waare unter dem 24. Februar 1889 den Theilbetrag per 300 fl. woraus der Empfang des Schreibens vom 15. Februar durch den Geklagten und auch sein Einverständniss mit dem Inhalte des Schreibens und somit dessen Verpflichtung zur Bezahlung des Betrages per 500 fl. an den Kläger hervorgehen soll. Der Geklagte verwendete die Waare für sich, will jedoch den restlichen Betrag per 200 fl. ungeachtet mehrmaliger Einmahnung nicht bezahlen.

Der Geklagte gesteht den Abschluss des Kaufvertrages zwischen ihm und Berman M. zu, gibt auch zu, dem Kläger auf den Kaufpreis 300 fl. bezahlt zu haben, was desswegen geschah, weil er, was auch der Kläger zugibt, mit dem Verkäufer verabredet hatte, dass er 300 fl. gleich bei Uebernahme der Waare, den Rest später zu bezahlen habe. Die Bezahlung der 300 fl. hat der Geklagte dem Bermann M. mit der Frage angezeigt, wann er den Rest per 200 fl. zu bezahlen habe und darauf zur Antwort erhalten, er möge denselben an ihn (M.) bezahlen und sich um die Briefe des Klägers nicht kümmern. Darauf hat er die restlichen 200 fl. an Berman M. bezahlt. Die von dem Kläger behaupteten Umstände, dass die Waare dem Kläger verpfändet war und sich Letzterer im pfandweisen Besitze derselben befand, dass Berman M. den oberwähnten Auftrag gab und vom Kläger einen Vorschuss von 500 fl. erhalten hatte, werden vom Geklagten widersprochen. Es ist nun zu erwägen, ob bei Zugrundelegung des Sachverhaltes, wie ihn der Kläger schildert, das Klagebegehren begründet wäre. Es ist unbestritten, dass der Kaufvertrag zwischen dem Geklagten und dem Berman M. und nicht dem Kläger abgeschlossen wurde. Nach § 1061 ABG ist der Verkäufer schuldig, dem Käufer die Waare zu übergeben, und es ist dabei gleichgiltig, ob die Uebergabe durch den Verkäufer selbst oder für ihn durch eine andere Person stattfindet. Im vorliegenden Falle geht aus dem Briefe vom 15. Februar 1889 unzweifelhaft hervor, dass der Kläger diese Verpflichtung des Verkäufers über sein Ersuchen für denselben erfüllte. Dagegen ist nach § 1062 ABG der Käufer verpflichtet, das Kaufgeld baar abzuführen und hat dies an den Verkäufer zu geschehen, vorausgesetzt, dass zwischen beiden nichts Anderes verabredet wurde. Dass eine solche Verabredung zwischen Käufer und Verkäufer getroffen wurde, wird vom Kläger nicht einmal behauptet. Weisungen des Klägers hatte der Geklagte ebenso wenig zu beachten, als er jene dritter Personen zu beachten gehabt hätte, wenn ihm der Verkäufer selbst die Waare übersendet hätte. Der Kläger war als Pfandinhaber nicht verpflichtet, die Waare dem Käufer zu übersenden; wenn er es dennoch that, so hat er sich selbst die Möglichkeit entzogen, sich auf dem gesetzlichen Wege, d. i. durch Verkauf aus dem Pfande bezahlt zu machen und muss die Folgen seiner Unvorsichtigkeit tragen. Daraus, dass der Geklagte den Theilbetrag per 300 fl. an den Kläger einsendete, lässt sich für den Geklagten nicht die Verpflichtung ableiten, dass er auch den Rest per 200 fl.

an denselben zu bezahlen habe, weil der Geklagte die Waare schon hätte beziehen können, auch wenn er gar nichts an den Kläger und den ganzen Kaufpreis an den Verkäufer eingezahlt hätte; es könnte diese Thatsache höchstens dem Verkäufer das Recht geben, den Geklagten auf Bezahlung derselben zu belangen. Das klägerische Begehren erscheint demnach unbegründet und musste die Abweisung desselben erfolgen.

Ueber Appellation des Klägers hat die II. J. die E. I. J. abgeändert und den Geklagten zur Bezahlung des eingeklagten Betrages pca 200 fl. verurtheilt, in der Erwägung, dass bei Entscheidung der vorliegenden Streitsache zwei von einander völlig verschiedene Rechtsverhältnisse streng auseinander zu halten seien, und zwar einerseits dasjenige zwischen dem Geklagten und Berman M., welches auf dem zwischen diesen Parteien abgeschlossenen Kaufvertrage über die in der Klage bezeichnete Waare beruht, andererseits jenes, welches zwischen dem Kläger und Geklagten durch die Zusendung jener Waare und des in der Klage reproducirten Briefes vom 15. Februar 1889, sowie durch das Verhalten des Geklagten diesen rechtlich relevanten Handlungen gegenüber geschaffen wurde. Der zwischen dem Geklagten und Berman M. bestandene Vertrag ist nicht geeignet, den Ersteren wider die vom Kläger erhobenen Ansprüche zu schützen, weil der Kläger keineswegs, wie der erste Richter rechtsirrthümlich annimmt, nur die Verpflichtung des Berman M. erfüllte, als er dem Geklagten die Waare übersendete, sondern, wie der Inhalt des obigen Briefes vom 15. Februar 1889 nachweist, mit ganz selbstständigen Vertragsanträgen an den Geklagten herangetreten ist, bis zu deren Annahme er sich die behaupteten Pfandrechte an der übersendeten Waare ausdrücklich vorbehielt und den Geklagten nur ermächtigte, bei Ablehnung derselben die verpfändete Waare als Verwahrer zu übernehmen. Nachdem der Geklagte gar nicht behauptet, dass der Kläger von Berman M. beauftragt war, in Erfüllung des von diesem mit dem Geklagten geschlossenen Vertrages, die Waare bedingungslos an denselben abzuliefern, so stellt sich die Behauptung des Geklagten, dass er auf Grund des mit Berman M. abgeschlossenen Vertrages berechtigt war, die ihm vom Kläger übersendete Waare zu beziehen, ohne demselben verpflichtet zu werden, als gesetzlich unbegründet dar und ist sohin in die Untersuchung einzugehen, ob und inwiefern ein selbstständiges Vertragsverhältniss zwischen den Streittheilen besteht. Nach Inhalt des obcitirten Briefes hat der Kläger dem Geklagten die Waare nur gegen Bezahlung von 500 fl., also entgeltlich übersendet. Nachdem nicht bestritten wird, dass die Waare zur Weiterveräusserung seitens des Geklagten bestimmt war, so sind nach Art. 271 Z. 1 und 277 des HGB die im vierten Buche desselben aufgestellten Bestimmungen massgebend und liegt also ein Antrag zum Vertrage im Sinne des Art. 319 ibid. vor, den er nur unter diesen Bedingungen oder gar nicht annehmen konnte (Art. 322 ibid.). Der Geklagte hat nun,

wie unbestritten feststeht, nicht nur die Waare bezogen und für sich verwendet, obgleich er bereits im Besitze des klägerischen Briefes war, sondern er hat dem Kläger auch den Betrag von 300 fl. sofort eingesendet, ohne auch nur zu behaupten, geschweige zu beweisen, dass er vorher die Zustimmung des Berman M. eingeholt hätte. Nach Art. 1 ibid. und § 863 ABG liegt in diesem Verhalten unbestreitbar eine Annahme des ihm vom Kläger gestellten Antrages zum Vertrage, der daher nach Art. 321 HGB als abgeschlossen und den Geklagten bindend anzusehen ist. Der Geklagte ist daher auf Grund des von ihm mit dem Kläger geschaffenen obligatorischen Verhältnisses verpflichtet, dem Kläger auch den eingeklagten Restbetrag von 200 fl. unbedingt zu bezahlen, da er zugibt, denselben auch nicht berichtigt zu haben, und gar nicht behauptet, dass ein Dritter für ihn, allenfalls Berman M., dieser Zahlungspflicht nachgekommen wäre. Der Umstand, dass der Geklagte dadurch zu Schaden kommt, weil er jenen Betrag dem Berman M. bereits eingesendet haben will, kann den Klagsanspruch nicht aufheben, weil es seine Sache war, vor Uebernahme der Waare und bevor er dem Kläger auf die eben dargestellte Weise verpflichtet wurde, mit Berman M. in's Einvernehmen zu treten, oder den ihm vom Kläger gestellten Antrag abzulehnen und ohne Annahme der ihm von demselben zugesendeten Waare auf Erfüllung des mit Berman M. geschlossenen Vertrages zu dringen. Hat er diese Vorsicht unterlassen, so hat er die Folgen dieser Ausserachtlassung selbst zu tragen. Es ist somit in Stattgebung der klägerischen Appellation das erstrichterliche U. demgemäss abzuändern und der Geklagte unbedingt zu verurtheilen.

Ueber die Revisionsbeschwerde des Geklagten hat der OGH die E. II. J. zu bestätigen befunden; denn mit Recht hat der obere Richter ausgesprochen, dass das Rechtsverhältniss des Geklagten zu dem Kläger und jenes des Geklagten zu Berman M. von einander unabhängig zu beurtheilen ist, dass daher jedes dieser Rechtsverhältnisse seinen gesetzlichen Folgen ohne Rücksicht auf das andere Rechtsverhältniss unterworfen werde. In Betreff der von Berman M. an den Geklagten verkauften 67 Sack Roggen und 35 Sack Erbsen hatte der Verkäufer Berman M. die Uebergabe zu leisten und die von dem Kläger Osias W. geleistete Uebergabe konnte nicht von den Bedingungen, unter denen sie geleistet wurde, losgelöst werden, konnte demnach nicht als eine Leistung des Berman M., daher nicht als eine Begebung der dem Osias W. wider Berman M. zustehenden Pfandrechte angesehen werden, auch konnte Berman M. über die Rechte des Osias W. aus dieser Uebergabe nicht verfügen, daher weder ein Erlöschen dieser Rechte aus dem Pfandvertrage, noch den eigenen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises für die nicht von Berman M., sondern von Osias W. übergebene gekaufte Waare bewirken. Es ist aber auch richtig, dass der Geklagte durch Einsendung des Betrages per 300 fl. an Osias W. den von diesem proponirten Vorgang zur Wahrung seiner

Pfandrechte am Kaufsobjecte bereits acceptirt hatte, daher durch den Bezug des Kaufobjectes zur Einhaltung der ihm von Osias W. vorgezeichneten Bedingungen der Uebergabe verpflichtet war, daher sich nicht berechtigt halten konnte, die Uebergabe des Kaufobjectes als von Berman M. erfolgt anzusehen und nur den Weisungen des Berman M. Folge zu leisten. Es ist sonach das oberlandesgerichtliche U. vollkommen gerechtfertigt und muss über die Revisionsbeschwerde des Geklagten bestätigt werden.

2590.

Die Anfechtungsklage ist auch gegen den Schuldner statthaft, der auf Grund des angefochtenen Rechtsgeschäftes etwas erworben hat.

E. v. 10. Februar 1892, Z. 1006. — (Práv. IX ex 92, Seite 298.)

I. st.-del. BG Pisek.
II. OLG Prag.

Der Anfechtungsklage des A wider die Eheleute Johann und Anna B de präs. 19. Juni 1890 auf Unwirksamkeits-Erklärung des Abtretungsvertrages ddto. 16. November 1889 in Ansehung seiner Ersatzforderung per 77 fl. und Duldung der Executionsführung hierwegen auf das Haus X ohne Rücksicht auf das zu Gunsten des Erstbelangten darob sichergestellte Ausgeding und das zu Gunsten der Mitbelangten verbücherte Miteigenthum willfahrte die I. J. zur Gänze aus folgenden, den Sachverhalt einschliessenden

Gründen:

Johann B wurde mittelst Strafurtheils des k. k. KG Pisek ddto. 17. April 1890 der schweren körperlichen Beschädigung des A schuldig erkannt und zum Ersatze des dem A als Privatbetheiligten zugesprochenen Schadens per 77 fl. verurtheilt. Die Misshandlung fand am 14. November 1889 statt, und schon am 16. November d. J. trat Johann B mittelst Notariatsactes die Hälfte des ihm gehörigen Hauses X seiner Gattin Anna A im Werthe von 200 fl. ab, deren Zahlung er gegen Leistung der lebenslänglichen Verpflegung und Versorgung erliess. Im Grunde dieses Abtretungsvertrages wurde sohin am 13. December 1889 das Miteigenthum der Anna B und das für Johann B festgesetzte Ausgeding einverleibt; die von A gegen Johann B eingeleitete Mobiliarexecution pcto. 77 fl. blieb sohin ohne Erfolg, worauf A die Anfechtungsklage überreichte. Der notarielle Abtretungsvertrag ddto. 16. November 1889 ist nun innerhalb des letzten Jahres vor der Geltendmachung der Klagsforderung errichtet worden, und ist seinem Inhalte nach als ein entgeltliches Rechtsgeschäft zwischen dem Schuldner des A und seiner Gattin anzusehen, wodurch A als Gläubiger verkürzt ist, weshalb der in den §§ 28, 30 Abs. 4 und 32 des AG vorgesehene Fall gegeben erscheint. Diesfalls spricht nach § 31, Abs. 4 cit.,

gegen Anna B die gesetzliche Vermuthung, dass ihr zur Zeit der Abtretung die Absicht des Gatten, seinen Gläubiger zu verkürzen, bekannt war, und liegt ihr ob, dieselbe zu entkräften, was ihr jedoch nicht gelang. Aus dem auffälligen Umstande, dass das angefochtene Rechtsgeschäft schon tags darauf, nachdem am 14. November 1889 der Ersatzanspruch des A gegen ihren Gatten erwachsen war, errichtet wurde, ferner aus der Aussage des Zeugen und Ortsvorstehers C, es sei ihm eines Tages im November 1889 von dem A mitgetheilt worden, dass ihn Johann B misshandelt habe, und als kurz darauf Anna B bei ihm erschienen sei, um seinen Rath einzuholen, da A klagen wolle, und sie unglücklich mache, geht vielmehr zur Genüge hervor, dass der Anna B die Absicht ihres Gatten, den Anspruch des A uneinbringlich zu machen, zur Zeit der Vertragserrichtung bekannt war. Anna B führt zwar zur Begründung der Abtretung an, dass sie eigentlich selbst aus Eigenem das ganze Haus X angekauft und erbaut habe; das fällt aber nicht in's Gewicht, wenn erwogen wird, dass Johann B seit dem Jahre 1873 uneingeschränkter Eigenthümer der Hälfte desselben war, und nirgends behauptet wird, er sei nach dem Gesetze oder irgendwie sonst verpflichtet gewesen, diese Hälfte seiner Gattin in's Eigenthum abzutreten. Die Behauptung der Anna B, sie habe zur Zeit des Vertragsabschlusses keine Ahnung von der Forderung des A haben können, erscheint durch ihr Eingeständniss widerlegt, man habe ihr erzählt, es sei eigentlich ihr Mann dazumal von A mit einem Steine am Kopfe verletzt worden; denn hieraus folgt, dass sie von dem stattgehabten Raufhandel Kenntniss hatte. Hiernach war der Klage gegen die Mitbelangte als die Erwerberin nach § 35 cit., ebenso wie gegen den Erstbelangten als nach § 31, Abs. 1 cit., gleichfalls vertragsmässigen Erwerber der lebenslänglichen Verpflegung und Versorgung, gegen welchen in diesem Falle nicht als Schuldner, sondern eben nur als Erwerber die Klage im Sinne des § 31 cit. zulässig erscheint, zur Gänze stattzugeben, dies um so mehr, als andernfalls das U., wenn blos gegen die Mitbelangte geschöpft, nicht einmal eine praktische Bedeutung hätte, insofern das Ausgeding des Erstbelangten als ein rein persönliches und unübertragbares Recht nach dem Gesetze nicht exequirbar ist. Nach der Intention des Gesetzes soll die Anfechtungsklage gegen Diejenigen eingebracht werden, welche dem Rechte des Gläubigers auf Zahlung hindernd im Wege stehen, dasselbe verletzen und deshalb zu einer Duldung oder Unterlassung zu verhalten sind, damit der Gläubiger zur Bezahlung gelange; mithin muss das U. auch gegen den Erstbelangten wirksam sein, insoferne er durch sein Ausgedingsrecht der Bezahlung hindernd im Wege steht und dieses Recht selbst mittelst des angefochtenen Vertrages an sich brachte.

Ueber die Appellation der Belangten hat die II. J. die appellirte E. bezüglich der Unwirksamerklärung des Vertrages gegenüber der Anna B bestätigt, bezüglich jener gegenüber dem Johann B dagegen die Klage

abgewiesen und erkannt, A könne die Execution auf das abgetretene Haus führen ohne Rücksicht auf das für Johann B sichergestellte Ausgeding.

Gründe:

Aus dem § 31 des AG ist über allen Zweifel hinaus einleuchtend, dass die Anfechtungsklage gegen den Schuldner überhaupt unzulässig ist. Es geht dies sohin aus dem Zwecke des Gesetzes selbst hervor; denn die Anfechtungsklage soll nicht das zwischen dem Schuldner und den im § 31 cit. benannten Personen bestehende Rechtsverhältniss in Frage stellen, sondern es soll durch dieselbe lediglich die relative Ungiltigkeit des Rechtsgeschäftes gegenüber den Gläubigern erzielt werden, welche allein berechtigt sind, das in Rede stehende Rechtsgeschäft als ungiltig anzusehen, während es gegenüber allen anderen Personen, insbesondere jedoch im Verhältnisse zwischen dem Schuldner und dem Mitcontrahenten unberührt zu bleiben hat. Da unter den im § 31 cit. benannten Personen der Schuldner nicht vorkommt, ist derselbe im Anfechtungsprocesse nicht klagbar, von ihm kann nichts verlangt werden, und nur die im § 31 cit. erwähnten Personen dürfen zu einer Anerkennung oder Duldung verhalten werden, damit das Recht der Gläubiger auf Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners gewahrt werde. Nur diese Personen stehen diesem Rechte im Wege und nur gegen sie könnte mit der Anfechtungsklage vorgegangen werden, weshalb im Anfechtungsprocesse die Frage, welche Folgen das Obsiegen des Klägers für das zwischen dem Schuldner und seinem Mitcontrahenten bestehende Rechtsverhältniss haben könnte, gar nicht angeregt werden darf. Daraus geht nothwendig an Tag, dass die Klage, insoferne sie wider Johann B gerichtet ist, verfehlt erscheint, weil er Schuldner des A ist, und es war daher die Klage bezüglich seiner abzuweisen. Allein auch bezüglich der Mitbelangten ist die Klage zum Theile unbegründet. Denn das Ausgeding, welches sich Johann B anlässlich der Abtretung seiner Haushälfte ausbedungen hat, ist für ihn ob dieser Haushälfte einverleibt und nur er allein kann darüber verfügen, während der Anna B keine Einwirkung auf dieses Recht zusteht. Es kann also auch weder verlangt noch erkannt werden, die Mitbelangte habe anzuerkennen, die Einverleibung des Ausgedinges sei gegenüber dem Kläger rechtsunwirksam und sie habe die Executionsführung auf die abgetretene Haushälfte ohne Rücksicht auf das für Johann B sichergestellte Ausgeding zu dulden, weshalb die Klage auch in dieser Richtung abzuweisen war.

Ueber Revision des A stellte der OGH die E. I. J. zur Gänze wieder her.

Gründe:

Der Vertrag ddto. 16. November 1889, laut dessen Johann B seine Haushälfte der Anna B in's Eigenthum abtrat, ist ein entgeltlicher Ver-

trag, weil diese hiedurch auch die Entrichtung des in der Verpflegung und lebenslangen Versorgung mit allem Nöthigem bestehenden Ausgedings übernahm, und weil dieses Ausgeding bücherlich sichergestellt wurde. Fällt aber dieser Vertrag laut der gleichlautenden E. der Unter-Instanzen, insoferne er die Anna B betrifft, gegenüber dem A und seiner Forderung unter den § 30, Abs. 4 des AG, dann widerstreitet es dem Gesetze, diesen Vertrag betreff dessen, was Anna B erwarb, für unwirksam zu erklären, hingegen bezüglich der ihrerseits übernommenen wechselseitigen Verpflichtung aufrecht zu erhalten, weil das Recht durch die reciproke Verpflichtung, beziehungsweise Erfüllung bedingt ist, und demgemäss sohin die Unwirksamerklärung des Vertrages in allen seinen Bestimmungen ausgesprochen werden müsste. Es ist also das Klagebegehren rücksichtlich der Anna B zur Gänze, aber auch rücksichtlich des Johann B begründet, weil auch er in Rücksicht auf das vereinbarte Ausgeding als Erwerber anzusehen ist, daher auf Anerkennung der Unwirksamkeit dieses seines Rechtes mitbelangt werden musste; es war somit das den entwickelten Rechtsgrundsätzen völlig entsprechende U. I. J. wieder herzustellen.

2591.

Eine Vermögensübertragungsgebühr von Todeswegen ist nur zu entrichten, wenn eine solche an den Erben erfolgt ist, nicht aber auch dann, wenn das erblich angefallene Vermögensobject aus dem Nachlasse executiv veräussert worden ist (§ 5 der kais. Verordnung vom 19. März 1853, RGB Nr. 53).

E. v. 10. Februar 1892, Z. 1557. — (GZ 14 ex 92, Seite 111.)

I. BG Lobositz.
II. OLG Prag.

Nach erfolgter Abhandlung der Verlassenschaft des am 22. November 1888 verstorbenen Carl K., Besitzers der Hälfte der Realität N. C. 34 in T., wurde die Einantwortungsurkunde am 28. Juni 1889, sub Nr. E 5441, entworfen, jedoch wegen nicht ausgewiesener Bezahlung der Gebühren nicht ausgefolgt. Mittlerweile wurde die von Josef S. gegen Carl K. und dessen Gattin Theresia K., als gemeinschaftliche Besitzer jener Realität, pcto. 425 fl. geführte Execution fortgesetzt und gedieh bis zur Feilbietung dieser Realität, welche am 26. August 1890 vorgenommen worden ist. Zu dem Meistbote liquidirte das Steueramt auch die von dem Nachlasse des Carl K. bemessene Uebertragungsgebühr.

Ueber Protest des Vertreters des Exequenten wurde bei der Vertheilung des Meistbotes das Begehren des Steueramtes um Zuweisung jener Gebühr abgewiesen, weil diese Gebühr bezüglich der der Theresia K. gehörig gewesenen Realitätenhälfte ein gesetzliches Pfandrecht überhaupt

nicht geniesst und weil die in den Nachlass des Carl K. gehörige Realitätenhälfte noch vor der Einantwortung dieses Nachlasses veräussert wurde, daher nach § 5 der kais. Verordnung vom 19. März 1853, RGB Nr. 53, die Einhebung der Gebühr für die durch den Erbanfall eingetretene Besitzveränderung zu unterbleiben hat.

Der dagegen von der Finanzprocuratur Namens des Gebührenärars eingebrachte Recurs, in welchem angeführt ist, dass sich § 5 der oben erwähnten kais. Verordnung nur auf freiwillige, nicht aber auch auf executive Veräusserungen beziehe, und dass jene Vorschrift blos eine Norm für die Steuerämter- als Gebührenbemessungsbehörden enthalte, bezüglich deren Anwendung den Gerichten ein Ueberprüfungsrecht nicht zustehe, wurde vom OLG unter Hinweis auf die Gründe des angefochtenen B. und in der weiteren Erwägung abgewiesen, dass § 5 der cit. kais. Verordnung zwischen freiwilliger und zwangsweiser gerichtlicher Feilbietung nicht unterscheidet, sonach vorliegend Anwendung findet. Dem dagegen eingebrachten a. o. Revisionsrecurse der Finanzprocuratur hat der OGH keine Folge gegeben und dies in der Erwägung, dass die Zuweisung der von dem Nachlasse nach Carl K. bemessenen Gebühr auf Grund des gesetzlichen Pfandrechtes in Anspruch genommen wird, über den Bestand des gesetzlichen Pfandrechtes und sohin darüber, ob die Gebühr in privilegirter Rangordnung zuzuweisen sei, die Gerichte zu entscheiden berufen sind; dass Nachlassgebühren für Vermögensübertragungen von Todeswegen zu entrichten sind und nach § 72 des GG ein gesetzliches Pfandrecht nur an denjenigen Gegenständen geniessen, welche durch eine Vermögensübertragung von Todeswegen erworben werden; dass im vorliegenden Falle die den Nachlass nach Carl K. bildende Hälfte der Realität Nr. 34 in T. sammt Grundstücken wegen einer Schuld des Erblassers executiv veräussert worden ist, noch ehe sie als Nachlass eingeantwortet wurde, daher nach § 5 der kais. Verordnung vom 19. März 1853, RGB Nr. 53, welche ein allgemein giltiges Gesetz und daher auch von den Gerichten wahrzunehmen ist, die Einhebung der für die durch den Erbfall stattgefundene Besitzveränderung eintretenden Gebühr zu unterbleiben hat und für eine Gebühr, die nicht einzuheben ist, ein Pfandrecht nicht in Anspruch genommen werden kann; endlich in der Erwägung, dass die in dem Recurse unter Berufung auf den Finanzministerialerlass vom 16. Juli 1853, Z. 26408, verfochtene Ansicht, dass sich der vorcitirte § 5 nur auf freiwillige Veräusserungen durch die Erben beziehe, in diesem Gesetze keinen Anhaltspunkt findet und der Finanzministerialerlass in einem speciellen Falle ergangen ist, und nicht als eine gesetzlich verbindende Erläuterung eines allgemein giltigen Gesetzes angesehen werden kann.

2592.

1. Der Gerichtsstand des Wohnortes (§ 13 JN) bleibt für einen ausgewanderten österreichischen Staatsbürger insolange nach seinem letzten Wohnsitze in Oesterreich begründet, als nicht der Belangte durch Erwerb der fremden Staatsbürgerschaft oder auf andere Weise den dauernden Wohnsitz im Auslande erweist.

2. Eine nach erfolgter Edictalcitation des sich im Auslande aufhaltenden Belangten mit dessen Curator ad actum geführte Processverhandlung hat die volle Wirkung der mit dem Belangten abgeführten.

E. v. 16. Februar 1892, Z. 319. — (JB 15 ex 92, Seite 180.)

Die von dem Curator der Geklagten erhobene Einwendung der örtlichen Unzuständigkeit wurde von der I. J. verworfen.

Gründe:

Mit der Klage vom 12. Juli 1890, Z. 8339, fordert der Kläger von der Geklagten, welche sich nach Inhalt des Briefes vom 1. Juni 1887 für den vollen und richtigen Eingang der Accepte ihres Gatten Joh. N., die in Folge des dem Letzteren durch den Kläger gewährten Credites an den Kläger gelangen werden und für die Bezahlung der ihrem Ehegatten von dem Kläger geleisteten Baarvorschüsse als Zahlerin und Bürgin verpflichtet haben soll, den Betrag von 1162·50 fl. s. N., welcher Forderungsbetrag in Folge des über das Vermögen des Johann N. ausgebrochenen Concurses von der Wechselsumme aus dem Accepte ddto. B. den 20. September 1888 per 1500 fl. nach Abzug der aus dem Concurse auf den Kläger entfallenen $22^1/_2$percentigen Quote per 337·50 fl. unbedeckt blieb. Die Competenz dieses k. k. LG wird von der Klagsseite aus dem Umstande abgeleitet, dass die Geklagte in B. wohnhaft sei und nur vorübergehend in L. (Russland) ihren Aufenthalt genommen habe; dass ferner die Geklagte den eingeklagten Betrag in B. zu zahlen verpflichtet ist. Dem gegenüber erhebt der Curator ad actum mit Eingabe de praes. 3. September 1890, Z. 10457, die Incompetenzeinwendung, indem er in erster Linie widerspricht, dass B. als der ordentliche Wohnsitz der nach eigener Angabe des Klägers dermal in L. in Russland sich befindlichen Geklagten anzusehen sei, und dass auch die Voraussetzungen des forum contractus im Sinne des § 43 JN nicht vorliegen. Was nun zunächst den Gerichtsstand im Sinne des § 13 JN anbelangt, so hat nach § 19 JN der Personalgerichtsstand des Mannes auch für die Ehegattin zu gelten; es wird daher zu untersuchen und zu entscheiden sein, ob B. dermalen als der ordentliche Wohnsitz des Ehegatten der Geklagten betrachtet werden kann, und liegt in dieser Beziehung allerdings der Klagsseite, welche die Voraussetzungen der von ihr angesprochenen Gerichtszuständigkeit darzuthun hat, der Beweis ob. Die Geklagte selbst aber hat in ihrer Gegenäusserung

laut Protocoll vom 17. December 1890, Z. 14687, durch ihren Curator ad actum ausdrücklich zugegeben, dass Joh. N. bis zu seiner Uebersiedlung nach L., wo er dermalen als Beamter eines Fabriksunternehmens angestellt ist, in B seinen Wohnsitz hatte und daselbst ein bedeutendes Vermögen besass, und ist, da der bereits in der Klage angeführte, hiergerichts notorische Umstand, dass in der Folge der Concurs in B. von Seite des k. k. LG in B. über sein Vermögen eröffnet und durchgeführt wurde, unbestritten geblieben. Hieraus ergibt sich, dass Joh. N., welcher auch zugestandenermassen österreichischer Staatsbürger war, sein ordentliches Domicil in B. hatte, da im anderen Falle mit Hinblick auf die Bestimmung des § 58 CO die Concursverhandlung nicht bei dem k. k. LG in B. gepflogen worden wäre. Es muss daher angenommen werden, dass die Klagsseite durch das eigene Geständniss der Gegnerin nach § 107 AGO den Beweis erbracht hat, es sei B. bis zur Uebersiedlung des Joh. N. nach L. auch dessen ordentlicher Wohnsitz im Sinne des § 16 JN gewesen und hat der erwähnte Ort auch insolange als das Domicil des Genannten zu gelten, insolange nicht die geklagte Seite darzuthun in der Lage ist, dass sich Joh. N. in L. in erwiesener oder aus den Umständen deutlich hervorgehender Absicht niedergelassen hat, dortselbst nunmehr seinen bleibenden Aufenthalt zu nehmen. Das Vorhandensein einer solchen Absicht wurde von der Geklagten nicht erwiesen und kann der Umstand, dass ihr Ehegatte, ohne sein österreichisches Staatsbürgerrecht aufzugeben, im Auslande in einem Betriebsunternehmen Verwendung gefunden hat, nicht als ein solches Moment angesehen werden, aus welchem auf eine deutliche Absicht, sich im Auslande niederzulassen, geschlossen werden könnte. Dass aber Joh. N. die Eigenschaft eines österreichischen Staatsbürgers verlor und das Staatsbürgerrecht eines fremden Staates, insbesondere des Kaiserthums Russland, in welchem er sich gegenwärtig aufhält, erworben habe, ein Umstand, welcher allerdings den Schluss auf beabsichtigte Veränderung des Wohnsitzes zulassen würde, hat die Geklagte nicht einmal behauptet, geschweige denn erwiesen. Es stellt sich daher die Zuständigkeit des k. k. LG in B. zur E. über die Klage als vorhanden dar und muss die von der Geklagten erhobene Incompetenzeinwendung zurückgewiesen werden, ohne dass des Weiteren nothwendig sein würde, in die E. der Frage einzugehen, ob im vorliegenden Falle die Voraussetzungen des forum contractus im Sinne des § 43 JN vorliegen oder nicht, ob insbesondere im Verhältnisse des Hauptschuldners zum Kläger beim Mangel einer ausdrücklichen Vereinbarung über den Zahlungsort der Umstand, dass der Wechsel ddto. B. den 20. September 1888 per 1500 fl., ohne einen eigenen Zahlungsort zu enthalten, nach Art. 4, Abs. 8 WO in B. zahlbar war und zufolge der Competenzbestimmung des § 2 der JMV vom 25. Jänner 1851, RGB Nr. 52, in B. eingeklagt werden konnte, eine solche Vereinbarung darzustellen vermöchte, und ob in dem

9*

Verhältnisse der Bürgin und Zahlerin gegen den Kläger eine etwa von dem Hauptschuldner rücksichtlich des Zahlungsortes getroffene Vereinbarung auch die Intercedentin zu verpflichten vermöchte. Was die von der Geklagten geltend gemachte Nullität der mit dem Kläger und Curator gepflogenen Verhandlung anbelangt, so stellt sich diese Behauptung als gänzlich unstichhältig dar. Denn die Klage wurde, wie aus dem vom k. und k. österr.-ungar. Generalconsulate in Warschau sub praes. 16. Juni 1891, Z. 7106, anher gelangten Empfangscheine und den demselben beigefügten amtlichen Bemerkungen hervorgeht, am 19. September 1890 allerdings zu Handen des Ehegatten der Geklagten zugestellt; allein laut der von derselben am 15. Mai 1891 abgegebenen ausdrücklichen Erklärung mit der Wirkung, als ob die Klage an sie selbst zugestellt worden wäre, da sie die Vollmacht des Ehegatten zur Empfangnahme der Klageschrift ausdrücklich bestätigte. Es musste daher angenommen werden, dass sich die Geklagte seit Anfang September 1890 im Besitze der Klage und der über dieselbe erflossenen E. befindet, in welcher E. die Genannte ausdrücklich verständigt wurde, dass der für sie bestellte Curator sie nach dem Gesetze so lange zu vertreten habe, als sie sich selbst nicht einen Sachwalter wählt und dem Gerichte namhaft macht. Letzteres hat die Geklagte nicht gethan und erscheint somit die von dem Curator gepflogene Verhandlung als nach den Vorschriften des Hofd. vom 11. Mai 1833, JGS Nr. 2612, vollständig legal durchgeführt und kann die Legitimation des genannten Curators zur Abgabe der im Zuge der Verhandlungen gemachten Processerklärungen nicht bezweifelt werden, zumal über Ansuchen des Klägers zufolge hiergerichtlichen Beschlusses vom 12. Mai 1891, Z. 5338, seinerzeit auch die Edictalcitation der Geklagten aus dem Grunde erfolgt war, weil sich das Einlangen des Empfangscheines ungebührlich lang verzögerte. Bei dem Umstande, als es die Geklagte unterliess, einen anderen Sachwalter hiergerichts namhaft zu machen, überliess sie stillschweigend ihre weitere Vertretung dem ihr durch das Gericht bestellten Curator, und kann von einer Verhinderung der Geklagten, ihre Rechte im Processwege geltend zu machen und von einer Nullität der gepflogenen Verhandlung keine Rede sein.

Ueber die von dem Curator der Geklagten eingebrachte Appellation fand die II. J. die E. I. J. zu bestätigen.

Gründe:

Unbestritten ist, dass sich die Geklagte zur Zeit der Anbringung der Klage nicht in B., sondern in L. in Russland befand; doch während der Kläger behauptet, dass sich die Geklagte in L. nur vorübergehend aufhält, ihren ordentlichen Wohnsitz aber noch in Brünn hat, behauptet der Curator ad actum, dass sie ihren ordentlichen Wohnsitz bereits in L. genommen hat und widerspricht sogar, dass sie selbst vor der Klags-

anbringung ihren ordentlichen Wohnsitz in B. gehabt habe. Das LG nahm jedoch das Domicil der Geklagten in B. zur Zeit der Klagsanbringung in B. als erwiesen an, weil der Ehegatte derselben laut angeblichen Zugeständnisses des Curators ad actum vor der Uebersiedlung nach Russland in B. dauernd wohnte, was auch daraus folge, dass über sein Vermögen der Concurs vom LG in B. eröffnet und durchgeführt worden ist, und da er bis nun die österreichische Staatsbürgerschaft beibehalten hat, müsse sein derzeitiger Wohnsitz in L. nur als ein vorübergehender Aufenthalt, B aber noch immer als sein und gemäss § 19 JN auch als der ordentliche Wohnsitz der belangten Gattin angesehen werden. Aus diesem Grunde wurde der Einwendung des nicht gehörigen Gerichtsstandes keine Folge gegeben. Es ist zwar nicht richtig, dass der Curator der Geklagten ausdrücklich zugegeben hat, dass N. vor seiner Uebersiedlung nach Russland seinen ordentlichen Wohnsitz in B. hatte, und würde das auch noch nicht der Umstand beweisen, dass der Concurs über das Vermögen desselben von dem LG in B eröffnet worden ist; denn es hat der Curator ad actum in der Gegenäusserung widersprochen, dass N. in B. gewohnt hat und hätte der Concurs über dessen Vermögen auch dann von dem LG eröffnet werden müssen, wenn er auch nur im Sprengel eines zu diesem LG gehörigen BG seinen ordentlichen Wohnsitz gehabt hätte (§ 58 AGO); trotzdem muss aber Brünn als der letzte ordentliche Wohnsitz des N. vor dessen Uebersiedlung nach Russland und daher auch als der letzte ordentliche Wohnsitz der Geklagten (§ 19 JN) angesehen werden. Dass es dem Landes- als gewesenen Concursgerichte notorisch sein musste, dass N. zur Zeit der Concurseröffnung im Jahre 1888 in B. selbst wohnhafter Fabrikant gewesen ist, und dass er nach der Concurseröffnung im Jahre 1888 an einem anderen Orte in Oesterreich seinen Wohnsitz genommen hätte, ist von dem Curator ad actum in den Satzreden gar nicht behauptet worden. Auf die diesbezügliche Behauptung desselben in der Appellationsbeschwerde konnte nach § 257 AGO kein Bedacht genommen werden. Da aber der Curator ad actum der Geklagten auch weiter gar nicht direct behauptet hat, dass N. nur seit der Klagsanbringung schon um die Entlassung aus dem österreichischen Staatsverbande angesucht oder die russische Staatsbürgerschaft bereits erworben hat, so muss er noch immer als österreichischer Angehöriger angesehen werden, welcher gemäss § 4 ABG und § 13 JN, sowie nach Analogie der §§ 27 und 793 JN auch nur der Gerichtsbarkeit seines letzten ordentlichen Wohnsitzes in Oesterreich untersteht. Derselbe Gerichtsstand gilt nach § 19 JN auch für die Geklagte. Für die Zuständigkeit des österreichischen Gerichtes im vorliegenden Falle spricht aber auch der Umstand, dass das in Frage stehende Rechtsgeschäft zufolge der Klage zu einer Zeit geschlossen worden ist, wo die Geklagte mit ihrem Gatten noch in Oesterreich und namentlich in B ihren ordentlichen Wohnsitz hatte,

daher im Inlande mit einem Inländer eingegangen wurde, worüber also die russischen Gerichte in keinem Falle entscheiden können. Es würde daher die Abweisung der Klage wegen Incompetenz eines österreichischen Gerichtes einer völligen Rechtsverweigerung gleich kommen. Es musste daher das erstrichterliche U. bestätigt werden.

Der OGH bestätigte die obergerichtliche E. mit Hinweis auf das Hofd. vom 18. Februar 1833, Z. 2593 JGS: „da eine Nullität bei der Fällung der U. bei der Ueberprüfung nicht erkennbar ist und von einem der Belangten zugefügten materiellen Unrechte schon deshalb keine Rede sein kann, weil sie als Bürgin und Zahlerin geklagt wird, sie gemäss § 1357 ABG als Mitschuldner zur ungetheilten Hand zu behandeln ist, daher für alle Verpflichtungen des Hauptschuldners in vollem Umfange, mithin auch für dessen Verpflichtung loco Brünn zu zahlen haftet".

2593.

Die Frage, ob die über Gemeindebeschluss erfolgte Wegschaffung der von dem Eigenthümer eines Grundes aufgestellten Säulen mit Tafeln des Inhaltes „Privatstrasse, Fahren verboten" eine Besitzstörung begründe, gehört zur Competenz der richterlichen Entscheidung.

E. v. 16. Februar 1892, Z. 1009. — (GH 25 ex 92, Seite 214.)

Johann J. und Genossen begehrten gegen Josef L. als Gemeindevorsteher von B rücksichtlich das Gemeindeamt von B und die Gemeinde B das Erkenntniss: Dieselben haben die Kläger im factischen Besitze der Strasse auf den klägerischen Grundstücken Kat.-Z. 844/1 und 844/2 in B und im factischen Besitze dieser Grundstücke durch das Ausreissen und Wegschaffen der von den Klägern auf diesen Grundstücken, beziehungsweise dieser Strasse aufgestellten, mit Tafeln, welche die Inschrift „Privatstrasse, Fahren verboten" tragen, versehenen Säulen gestört und sind schuldig, den früheren Zustand herzustellen und sich jeder weiteren Störung des Besitzes dieser Strasse und Grundstücke durch Ausreissen der Verbotssäulen zu enthalten.

Die I. J. hat dem Klagebegehren stattgegeben; denn zugestandenermassen sind die Kläger bücherliche Eigenthümer der Wegparzellen Kat.Z. 844/1 und 844/2 in B und haben als solche am 5. October 1891 zwei Verbotssäulen mit der Inschrift „Privatstrasse, Fahren verboten" auf diesen Wegparcellen aufgestellt (§ 354 ABG).

Diese liess das Gemeindeamt B, nachdem es zuvor mittelst Auftrages vom 17. October 1891, Z. 969, den Johann J. aufgefordert hatte, die beiden Verbotssäulen binnen 48 Stunden zu beseitigen, in Ausführung des Gemeindebeschlusses vom 17. October 1891 durch den Tagarbeiter Anton H. am 20. October 1891 ausreissen und in den Fabrikshof der Kläger legen.

Die Kläger haben sich somit durch 15 Tage vom 5. October bis 20. October 1891 im factischen und rechtlichen Besitze der von ihnen errichteten Verbotssäulen befunden.

Nach §§ 339, 320 ABG und den in dem Titel vom Besitze niedergelegten Grundsätzen ist Niemand befugt, diesen Besitz eigenmächtig zu stören, sondern hat, wie dies im § 320 ABG expressis verbis (siehe auch §§ 340, 341, 343, 344 ABG) gesagt wird, ihn von dem ordentlichen Richter im Wege Rechtens zu fordern.

Bei dem Zugeständnisse der factischen Angaben, die schon ihrer Natur nach eine Besitzstörung involviren, und den obcitirten gesetzlichen Bestimmungen ist es vorliegenden Falls ganz irrelevant, ob vielleicht einzelne Mitglieder der Gemeinde B eine Servitut des Fahrens sich durch Ersitzung erworben haben, und wurde deshalb von der Abführung der diesbezüglich angebotenen Beweise gänzlich abgesehen, da einzig und allein der factische Besitz der Verbotssäulen entscheidet, und von der Gemeinde nicht der Besitz dieser, sondern des Rechtes zu fahren behauptet wird.

Da es sich somit um ein Privatrecht handelt, ist die hiergerichtliche Competenz begründet und die Incompetenzeinwendung daher zu verwerfen.

Desgleichen ist der weitere Umstand irrelevant, dass die beiden Wegparcellen im gemeindeämtlichen Parcellenprotocolle als öffentliche Wege eingetragen sind und auch nicht versteuert werden, weil dieselben nicht als öffentliches Gut aufgenommen, sondern ausdrücklich als in Privateigenthum stehend bezeichnet sind und selbst für den Fall, als die Gemeinde als solche hieraus etwa ein Recht zum Besitze dieser beiden Parcellen ableiten könnte und auch einen giltigen Titel besass, sie jedoch nach § 320 ABG niemals befugt ist, eigenmächtig sich in den Besitz zu setzen, und ausserdem es sich vorligenden Falles nicht um den Weg, sondern um die auf demselben errichteten Verbotssäulen handelt.

Es geht somit auch nicht an, den concreten Thatbestand durch Hinweis auf die allerdings der Gemeinde zustehende Strassenpolizei zu einer rechtlichen Handlungsweise zu stempeln.

Die passive Klagslegitimation ist in der Gemeindegesetzgebung begründet.

Ueber den Recurs des Geklagten hat die II. J. die E. I. J. und das ganze über die Klage des Johann J. und Genossen abgeführte Verfahren als ungiltig aufgehoben und der I. J. verordnet, die Klage den Klägern als zu einem gerichtlichen Verfahren nicht geeignet rückzustellen; denn die Kläger gestehen zu, dass sie die beiden Säulen, von welchen jede eine Blechtafel mit der Aufschrift „Privatstrasse, Fahren verboten" trug, durch deren Ausreissen und Wegschaffen sie sich im factischen Besitze der Strasse auf ihren Grundstücken Kat.-Z. 844/1 und 844/2 in B und im factischen Besitze dieser Grundstücke gestört erachten, auf der ge-

nannten Strasse an den klagsbezeichneten Stellen zu dem Zwecke aufgestellt haben, um anzuzeigen, dass das fernere Fahren auf dieser Strasse ohne ihre Zustimmung nicht gestattet sei. Hieraus folgt, dass es sich hier auf Seite der Kläger um die Ausführung einer Massregel handelt, welche die Benützung eines bis zu diesem Zeitpunkte für Jedermann offenen Fahrweges verhindern sollte. Wenn nun, wie klägerischerseits zugestanden wird, das Gemeindeamt von B in Ausführung eines Gemeinde-Ausschussbeschlusses mit Zuschrift vom 17. October 1891, Z. 969, den Klägern aufgetragen hat, diese Verbotssäulen binnen 48 Stunden zu entfernen, ansonst nach Ablauf dieser Frist dieselben von der Gemeindevertretung auf deren Kosten entfernt werden würden, und wenn ferner der geklagte Gemeindevorsteher auf Grund des vom Gemeindeausschusse gefassten diesbezüglichen weiteren Beschlusses bei vorliegender Weigerung der Kläger die bezeichneten Verbotssäulen am 30. October 1891 wegnehmen und in den Fabrikshof legen liess, so kann, wenn erwogen wird, dass der Gemeinde nach § 28, Z. 3 der Gemeindeordnung vom 16. April 1864, LGB Nr. 7, die Obsorge für die Gemeindestrassen und Wege, sowie für die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehres auf Strassen und nach § 14 des Ges. vom 15. Juni 1866, LGB Nr. 47, die Handhabung der Strassenpolizei obliegt, nicht bezweifelt werden, dass die als Besitzstörung bezeichnete Verfügung von der Gemeinde B durch ihr gesetzliches Executionsorgan nur in der Ausübung der ihr gesetzlich zustehenden Amtsgewalt in Vollzug gesetzt worden ist. Ob aber dieselbe zu dieser Verfügung berechtigt war, ob sie hiebei allenfalls ihren Wirkungskreis überschritten und unberechtigterweise in den Besitz der Kläger eingegriffen habe, kann nur von den competenten Verwaltungsbehörden entschieden werden. Haben die Kläger den ihnen mit der Zuschrift des Gemeindevorstandes in B vom 17. October 1891, Z. 969, ertheilten Auftrag aber in Rechtskraft erwachsen lassen, dann können sie denselben auf dem Wege der Besitzstörungsklage mit Erfolg nicht anfechten. Da somit diese Angelegenheit dem gerichtlichen Wirkungskreise entrückt ist und dem Gebiete der öffentlichen Verwaltung angehört, musste gemäss der Vorschrift des § 48 JN der angefochtene Endbescheid und das gerichtliche Verfahren aufgehoben und die Rückstellung der Klage verfügt werden.

Ueber den Revisionsrecurs der Kläger hat der OGH die E. II. J. aufzuheben und derselben zu verordnen befunden, mit Abstandnahme von der vermeintlichen Gerichtsunzuständigkeit über den Appellationsrecurs der geklagten Seite in die Erledigung der Sache selbst einzugehen; denn bei dem Umstande, als die geklagte Seite zugesteht, dass die beiden als Strassen benützten Grundstücke Kat.-Z. 844/1 und 844/2 in B Eigenthum der Kläger sind und auch in deren factischem Besitze sich befinden, indem sie selbe in Stand erhalten und mit ihren Fabriksfuhren befahren, und bei dem Umstande, als die geklagte Seite nur den ausschliesslichen

Besitz dieser Wegparcellen von Seite der Kläger negirt, behauptend, dass selbe schon seit Menschengedenken dem öffentlichen und allgemeinen Verkehre gedient haben und zahlreiche Ortsbewohner von B durch mehr als 30 Jahre im ruhigen Besitze des Fahrens auf dem fraglichen Wege gewesen sind; und in der weiteren Erwägung, dass die geklagte Seite ferners zugesteht, dass die in Frage stehenden Wegparcellen im Grundbuche nicht als öffentlicher Weg eingetragen sind, und dass die von den Klägern auf diesem Strassenwege aufgestellten zwei Verbotssäulen ein körperliches Hinderniss nicht abgeben, vielmehr nur vermöge ihrer Aufschrift geeignet wären, den Rechtsbesitz der Gemeinde B zu stören, — ist es offenbar, dass es sich vorliegend zunächst um die Beurtheilung der Frage, ob die Kläger durch die von der geklagten Seite verfügte Beseitigung der mehrerwähnten beiden Verbotssäulen mit der Aufschrift: „Privatweg, Fahren verboten" in dem letzten factischen Besitze der fraglichen, als Strasse benützten, ihnen eigenthümlich gehörigen Grundparcellen beeinträchtigt wurden, und sohin nach den bezüglichen Bestimmungen des ABG, insbesondere nach § 339 und nach der kais. Verordnung vom 27. October 1849, RGB Nr. 12, die Untersagung des vermeintlichen Eingriffes und den gerichtlichen Schutz ihres bedrohten Besitzes zu verlangen berechtigt sind, sohin um einen rein privatrechtlichen Anspruch handelt; da aber über einen derartigen Anspruch nur die Gerichte zu entscheiden berufen sind, so musste die angefochtene oberlandesgerichtliche E. aufgehoben und, wie eingangs angeführt, das Weitere veranlasst werden.

2594.

Bei Erledigung der Klage darf zur Begründung der Zuständigkeit der Gerichte in das Innerliche der Schrift nicht eingegangen werden.

E. v. 16. Februar 1892, Z. 1411. — (GZ 26 ex 92, Seite 207.)

I. st.-del. BG Wien innere Stadt I.
II. OLG Wien.

Die Klage des königlich preussischen Fiscus gegen den Fabrikanten N in Wien pct. 91 Mark wurde von der I. J. zur summarischen Verhandlung aufrecht verbeschieden.

Das OLG hat über den Recurs des Geklagten in Abänderung des erstrichterlichen B. die Klage von Amtswegen nach § 1 JN zurückgewiesen, weil dieselbe auf Zahlung von bei dem königlichen Landgericht in Breslau aufgelaufenen Gerichtsgebühren, somit auf Einbringung einer ausländischen, öffentlich-rechtlichen Abgabe gerichtet ist, in Ansehung welcher nach der JMV vom 24. Juni 1860, RGB Nr. 159, die zwangsweise Einbringung gegen in Oesterreich sich aufhaltende Personen überhaupt nicht statthaft ist, weshalb auch die auf Erwirkung einer solchen Execution gerichtete

Klage zur Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens offenbar nicht geeignet und die Zuständigkeit der Gerichte ausgeschlossen erscheint.

Der OGH hat dem Revisionsrecurse Folge gegeben und den erstrichterlichen B. wieder hergestellt, weil nach § 1 AGO und Hofd. vom 6. October 1783, JGS Nr. 197, bei E. der Klage nicht in das Innerliche der Schrift eingegangen werden kann, daher es nicht angeht, derzeit zu entscheiden, ob der klägerischerseits gestellte Anspruch auf Zahlung gesetzlich zulässig ist und ob dem klagenden königlich preussischen Fiscus die Processfähigkeit zusteht.

2595.

Das in den kais. Verordnungen vom 21. Mai 1855, RGB Nr. 95, und 18. Juli 1859, RGB Nr. 130, vorgesehene Mandat ist nicht nur, wenn es sich um Geldforderungen, sondern auch wenn es sich um andere Verbindlichkeiten handelt, zu erlassen.

E. v. 16. Februar 1892, Z. 1710. — (GH 33 ex 92, Seite 281.)

I. LG Wien.
II. OLG Wien.

Die I. J. hat über die Mandatsklage des A gegen B wegen Depurirung der dem Kläger von dem Geklagten verkauften Liegenschaften die Erlassung eines Mandates in Gemässheit der kais. Verordnung vom 21. Mai 1855, RGB Nr. 95, beziehungsweise der JMV vom 18. Juli 1859, RGB Nr. 130, verweigert und über dieselbe das ordentliche schriftliche Verfahren eingeleitet, weil die Voraussetzung für die Anwendbarkeit der kais. Verordnung vom 21. Mai 1855, nämlich ein mit allen gesetzlichen Erfordernissen versehener Notariatsact nicht gegeben ist, die JMV vom 18. Juli 1859 aber nur zur Einbringung von Forderungen, nicht aber auch zur Geltendmachung anderer Verbindlichkeiten die Erlassung eines Mandates gestattet.

Ueber den Recurs des Klägers hat die II. J. die E. I. J. abgeändert und das begehrte Mandat erlassen, dies in der Erwägung, dass der § 1 der kais. Verordnung vom 21. Mai 1855, RGB Nr. 95, die Erlassung eines Mandates sowohl bei Geldforderungen, als auch zur Erfüllung einer anderen Verbindlichkeit ausdrücklich gestattet, der § 1 der JMV vom 18. Juli 1859, RGB Nr. 130, aber deutlich verfügt, dass das nach der cit. kais. Verordnung bei Geld- und anderen Forderungen zulässige beschleunigte Verfahren auch in dem darin unter lit. b bezeichneten, hier vorliegenden Falle Anwendung zu finden hat, ohne diese seine Verfügung auf Geldforderungen, also auf die erste Gattung der im § 1 der kais. Verordnung vom 21. Mai 1855, RGB Nr. 95, benannten und darin ausdrücklich angeführten Forderung einzuschränken.

Dem Revisionsrecurse des Geklagten hat der OGH keine Folge zu geben und die angefochtene oberlandesgerichtliche E. aus deren Gründen zu bestätigen befunden.

2596.

Die Umwandlung einer Genossenschaft mit beschränkter Haftung durch Aenderung der Statuten in eine Genossenschaft mit unbeschränkter Haftung ist unstatthaft.

E. v. 16. Februar 1892, Z. 1843. — (GH 35 ex 92, Seite 297.)

I. LG Laibach.
II. OLG Graz.

Der Vorschussverein in L., registrirte Genossenschaft mit beschränkter Haftung, hat in der General-Versammlung vom 8. Februar 1891, bei welcher nicht alle Consortialmitglieder anwesend waren, seine Statuten dahin geändert, dass die General-Versammlung berechtigt sei, die beschränkte Haftung der Genossenschaft in die unbeschränkte umzuwandeln und demnach beschlossen, dass die bisherige Genossenschaftsfirma mit beschränkter Haftung in eine solche mit unbeschränkter Haftung umgewandelt werde, und dass jene bisherigen Genossenschaftsmitglieder, welche binnen der kundzumachenden Frist der neuen Genossenschaft nicht ausdrücklich beitreten, als freiwillig ausgetreten anzusehen seien.

Das von diesem Vorschussvereine eingebrachte Gesuch um Eintragung der geänderten Firma und der geänderten Statuten in das Genossenschaftsregister wurde von der I. und II. J. abgewiesen, in der Erwägung, dass der Uebergang einer Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaft mit beschränkter Haftung in eine solche mit unbeschränkter Haftung nur auf Grund der schriftlichen Beitrittserklärungen aller einzelnen Genossenschafter, deren in den Bestimmungen des III. Hauptstückes des Ges. vom 9. April 1873, RGB Nr. 70, geregelte und gesetzlich beschränkte Haftungspflicht durch keinen Majoritätsbeschluss alterirt werden kann, erfolgen könnte; in der Erwägung, dass eine solche Beitrittserklärung sämmtlicher Genossenschafter nicht vorliegt, und in der Erwägung, dass auch die von der General-Versammlung beschlossene diesfällige Aenderung der Statuten den Wirkungskreis der General-Versammlung überschreitet.

Der OGH hat dem a. o. Revisionsrecurse keine Folge gegeben, weil bei dem weitgehenden Unterschiede, welcher zwischen einer Genossenschaft mit beschränkter Haftung und einer solchen mit unbeschränkter Haftung besteht, die beabsichtigte Statutenänderung einer Neugründung gleichkommt, zu dieser aber nach § 3 des Ges. vom 9. April 1873, RGB Nr. 70, die schriftlichen Beitrittserklärungen der einzelnen Genossenschafter erforderlich sind.

2597.

Die Execution auf eine zum Nachlasse des Versicherten gehörige Lebensversicherungssumme ist zulässig.

E. v. 16. Februar 1892, Z. 1844. — (GH 39 ex 92, Seite 330.)

Der Executionsführer A führte in seinem Executionsgesuche an, dass der verstorbene Execut Dr. P., gegen welchen und rücksichtlich dessen Verlassenschaft er pcto. 840 fl. den wechselrechtlichen Zahlungsauftrag erwirkt hatte, sein Leben bei der Versicherungsbank „Slavia“ mit 6000 fl. versichert und darüber eine auf den Ueberbringer lautende Versicherungspolice erhalten, diese dann für ein erhaltenes Darlehen beim Vorschussvereine in X verpfändet und gestattet habe, dass dieser Verein im Falle seines Todes die Versicherungssumme bei der Bank „Slavia“ beheben, sich daraus für das Darlehen zahlhaft machen könne, den Mehrbetrag aber in seine Verlassenschaft zu erlegen habe.

Dem von ihm sohin gestellten Begehren um Bewilligung der executiven Pfändung der Versicherungssumme, beziehungsweise jenes Theilbetrages derselben, welcher die Darlehensforderung des Vorschussvereines gegen Dr. P. übersteigt, wurde von der I. J. mit Rücksicht darauf, dass vom Executionsführer das Object derart umschrieben wurde, dass die Execution darauf bewilligt werden konnte, stattgegeben.

Der dagegen von der Verlassenschaft des Dr. P. durch dessen Erben eingebrachte Recurs wurde aus dem angegebenen Grunde des ersten Richters und in Erwägung, dass die als Recurrentin auftretende Verlassenschaft nach Dr. P. auch kein rechtliches Interesse hat, die Zugehörigkeit der Versicherungssumme zu diesem Verlasse zu bestreiten, zumal nach den Ausführungen des Executionsgesuches, welche dem Executionsrichter bei der Entscheidung als Grundlage zu dienen haben, Dr. P. bei Lebzeiten eine Disposition zu Gunsten einer bestimmten Person als Ueberbringers nicht getroffen, vielmehr die Police an den Vorschussverein verpfändet hat, daher nur seine Verlassenschaft als im rechtlichen Besitze derselben befindlich erachtet werden kann, ein allfälliger Anspruch seitens der Erben also nur aus dem gesetzlichen Erbrechte abgeleitet werden könnte, verworfen.

Der OGH hat dem a. o. Revisionsrecurse keine Folge gegeben, weil in den untergerichtlichen E. ein zur Anrufung des Hofd. vom 15. Feb. 1833, JGS Nr. 2593, berechtigender Anlass nicht gefunden werden kann, zumal wenn erwogen wird, dass nach Inhalt des Executionsgesuches Dr. P. seine Police dem Vorschussverein für ein Darlehen verpfändet und gestattet hat, dass derselbe im Falle seines Todes die Versicherungssumme bei der Bank „Slavia“ erhebe, sich daraus für das Darlehen zahlhaft mache und den Ueberschuss an seinen Nachlass abführe,

hiemit aber jene Voraussetzung gegeben ist, unter welcher selbst nach Ansicht der Recurrentin die Execution zulässig erscheint.

2598.

Die Gebühr des Notars für Inventirung einer Specialmasse ist gleich nach Realisirung derselben quotientaliter ohne Rücksicht auf die seinerzeitige Eintreibungsmöglichkeit aus der allgemeinen Concursmasse einzutreiben.

E. v. 16. Februar 1892, Z. 1854. — (NZ 15 ex 92, Seite 106.)

I. HG Prag.
II. OLG Prag.

Im Concurse des B stellte der k. k. Notar A das Begehren um Eintreibung der ihm als Gerichtscommissär für die Versiegelung und Inventur des Massevermögens zugesprochenen Gebühr per 21 fl. von der CM.

Hierüber hat der Concurscommissär mit B. dem k. k. Notar A eröffnet, dass diesem Gesuche dermal mit Bedachtnahme auf den Stand der allgemeinen CM nicht stattgegeben werden kann, weil auch nach erfolgter Realisirung der als Specialmasse erscheinenden, dem Cridatar B gehörig gewesenen $^{26}/_{360}$ Antheile des Prager Hauses C.-Nr. 271—I keine wie immer geartete Baarschaft in der allgemeinen CM (§ 28 CO) vorhanden ist.

Der vom k. k. Notar A dagegen überreichten Vorstellung hat die I. J. als Concursgericht keine Folge gegeben. Dieser E. liegen folgende Erwägungen zu Grunde:

Die Gebühr per 21 fl. wurde dem Notar A für die Versiegelung und Inventur des aus vier dubiosen und zum Theile uneinbringlichen Forderungen und aus den erwähnten überschuldeten $^{26}/_{360}$ Antheilen des Prager Hauses C.-Nr. 271—I bestehenden Massevermögens zugesprochen. Nach § 28 CO sind aus dem Vermögen des Gemeinschuldners vor Allem die Masseschulden aus derjenigen Masse, auf welche sie sich beziehen, zu berichtigen, und es ist im Zweifel, ob solche Schulden auf die gemeinschaftliche oder auf eine besondere Masse sich beziehen, anzunehmen, dass sie die gemeinschaftliche Masse treffen. Die mit der Inventur aufgelaufenen Kosten betreffen mit Rücksicht darauf, dass die Inventur zur Ermittlung der allgemeinen CM dient, letztere aber an der Specialmasse nur insofern theilnimmt, als ein etwaiger Rest der Specialmasse, der nach Befriedigung der Specialmassegläubiger erübrigt, der allgemeinen Masse zufliesst, nur die Ermittlung jenes eventuell in die allgemeine Masse fallenden Restes des Erlöses aus der Specialmasse, nicht aber die Specialmasse selbst. Vorliegend wurde zwar unleugbar diese Specialmasse durch die Inventur constatirt und deren Werth nach dem Steuermultiplum erhoben (Erlass des Finanz-Ministeriums vom 25. Jänner 1884); wiewohl also die Specialmasse noch nicht abgeschätzt war, so können demnach diese Kosten

keineswegs als auf diese Specialmasse verwendete, als zur Realisirung derselben nothwendige, daher auch als zu Gunsten der Specialmassegläubiger verwendete Auslagen angesehen werden, weil nach §§ 93 und 94 CO selbst im Falle einer Schätzung die Kosten derselben nicht als besondere, sondern nur als gemeinschaftliche Massekosten zu behandeln sind. Ueber wiederholte Eingaben des k. k. Notars A wurde der CMV durch den Concurscommissär auch wiederholt zur Berichtigung dieser Gebühr aufgefordert, konnte jedoch mangels einer vorhandenen Baarschaft diesen Aufträgen nicht nachkommen. Der vom MV diesbezüglich in seinem Berichte geschilderte Stand der allgemeinen Masse, dass er bis dahin keine Geldbeträge in Empfang genommen, hat sich auch bisher nicht geändert, indem der allgemeinen Masse auch bisher keine Geldbeträge zugeflossen sind, was auch nach erfolgter Realisirung der Specialmasse statthat, weil nach der Berechnungserledigung des LG in Prag aus dem erzielten Erlöse dieser Specialmasse nur ein Theil der Realgläubiger quotientaliter befriedigt wurde, dagegen fünf Realgläubiger mit einer Gesammtforderung per 4802 fl. leer ausgegangen sind, daher kein Restbetrag des Erlöses aus obiger Specialmasse der allgemeinen CM zugeflossen ist. Belangend die Anführung der Vorstellung, dass es Pflicht des MV war, für die ranggemässe Befriedigung dieser Gebühr als Massekosten vor allen Realgläubigern Sorge zu tragen, so genügt es, auf das Vorangeführte und auf die Bestimmungen der §§ 163, 166 und 167 CO zu verweisen. Belangend schliesslich die Anführung, dass das Gericht die Eintreibung der Gebühren der k. k. Notare von Amtswegen zu veranlassen hat, so wird diesbezüglich bemerkt, dass auch diese Vorschrift seitens des Concurscommissärs als Organes des Concursgerichtes (§ 70 CO) beachtet wurde, nachdem derselbe die wiederholte Einzahlung dem CMV auftrug, jedoch freilich immer ohne Erfolg mit Rücksicht auf den oben entwickelten Stand der allgemeinen CM, wovon überdies der Notar A immer in E. der Berichte des MV verständigt wurde. Aus diesen rechtlichen und thatsächlichen Gründen konnte der Vorstellung keine Folge gegeben werden.

Dem Recurse des Notars A hat die II. J. keine Folge gegeben, in der Erwägung, dass nach § 28 CO selbst die Massekosten aus dem Vermögen des Gemeinschuldners, sonach nach Massgabe als die hierzu erforderliche Baarschaft vorhanden ist, berichtigt werden können und dass die E. darüber, ob die dem Recurrenten anlässlich der Inventirung des Concursmassevermögens zugesprochene Gebühr als auf die besondere Masse sich beziehende Kosten in Betracht zu kommen habe, und sonach etwa aus dieser Masse, hier aus dem Verkaufserlöse des in die CM gehörigen unbeweglichen Vermögens, vor den Hypothekargläubigern zu berichtigen ist, wie aus § 163 CO hervorgeht, nicht dem Concursgerichte, sondern gemäss § 51 JN der Realbehörde zusteht, wohingegen dem Recurrenten es unbenommen bleibt, wenn der CMV unterlassen hat, die all-

fälligen Ansprüche des Recurrenten bei der Vertheilung des Feilbietungserlöses eines unbeweglichen Gutes (§ 167 CO) anzumelden, seine vermeintlichen Rechte in geeigneter Weise selbst zu wahren.

Dem a. o. Revisionsrecurse des k. k. Notars A hat der OGH nach Zulass des Gesetzes vom 9. August 1854, RGB Nr. 208, theilweise stattzugeben und in Abänderung der beiden untergerichtlichen E. der I. J. zu verordnen befunden, den Theilbetrag von 10 fl. 50 kr. der bezeichneten Gebühr von dem CMV einzutreiben, — denn die Kosten der Ermittlung des zur CM gehörigen Vermögens, somit auch die Kosten der Inventirung der Masse (§ 86 CO) sind gemäss § 29, Z. 1 a CO als Masseschulden zu betrachten, und diese sind nach § 28 CO vor allem und zwar aus derjenigen Masse, auf welche sie sich beziehen, zu berichtigen. Im vorliegenden Falle besteht das Vermögen des Gemeinschuldners laut des Inventars 1. aus $^{26}/_{360}$ Antheilen des Prager Hauses C.-Nr. 271—I und 2. aus Forderungen im Gesammtbetrage von 72 fl. Aus jeder dieser beiden besonderen Massen sind daher die sich auf dieselben beziehenden Inventurskosten zu berichtigen (§§ 28, 29, Z. 1 a und 31 CO). Wird nun erwogen, dass dem k. k. Notar A für die Inventirung des gesammten Massevermögens der Betrag von 21 fl., somit die Gebühr für vier Tage zugesprochen wurde, und werden einerseits die aus den Protocollen vom 27. Juni, dann 5. und 7. Juli 1890 ersichtliche Thätigkeit desselben, sowie andererseits der Umstand berücksichtigt, dass die Inventirung der Hausantheile die Einsichtnahme des Grundbuches und die Beischaffung des Zinssteuerbogens erforderte, so ist auf jede der beiden oben unter 1 und 2 bezeichneten besonderen Massen die Hälfte der Gebühr per 21 fl., somit der Betrag von 10 fl. 50 kr. aufzutheilen und liegt, beziehungsweise lag es dem Masseverwalter ob, die Gebühr des Notars, beziehungsweise die Quote derselben, zu berichtigen, sobald eine oder die andere Masse realisirt wurde, ohne dass der Notar, dessen Gebühren als Gerichtscommissär nach § 30 Notarentarifes von Amtswegen einzutreiben sind, diesfalls etwa diese Gebühr bei dem Realgerichte anzumelden hätte. Da nun die besondere, aus den Antheilen am Hause C.-Nr. 271—I in Prag bestehende Masse bereits realisirt wurde, der Erlös laut der B. des LG in Prag zur Berichtigung aller Masseschulden vollkommen ausreichte, in der Rangordnung vor allen Gläubigern für den MV ein Betrag von 400 fl. verwahrt und dieser für seine und seines Stellvertreters Ansprüche nur mit 213 fl. 54 kr. herangezogen wurde, so ist es klar, dass dem MV der zur Berichtigung der Inventurskostenquote per 10 fl. 50 kr. erforderliche Betrag su Gebote stand, weshalb dieser Betrag vom CMV auf die im § 30 des Notarentarifes vorgeschriebene Weise einzutreiben ist, wogegen auf die Berichtigung der zweiten Hälfte dieser Gebühr bei der Realisirung der ad 2 bezeichneten Forderungen Bedacht zu nehmen sein wird.

2599.

Auch Rückstände von Personalsteuern, die von Gewerben vorgeschrieben sind, die auf eigens hierzu eingerichteten, ein Zugehör des versteigerten Gutes bildenden Realitäten betrieben wurden, sind aus dem Meistbote als Vorzugsposten ungeachtet momentanen Nichtbetriebes zuzuweisen.

E. v. 16. Februar 1892, Z. 1975. — (NZ 18 ex 92, Seite 126.)

I. LG Prag.
II. OLG Prag.

Mit dem die Vertheilung des Meistbotes für das im Executionswege veräusserte landtäfliche Gut T. betreffenden B. hat die I. J. die von dem zu diesem Gute gehörigen Bräuhause, dann der Kalkbrennerei und Spiritusbrennerei seit den letzten drei Jahren aushaftenden Rückstände an Erwerb- und Einkommensteuer sammt Nebengebühren in vorzugsweiser Rangordnung aus dem Meistbote zugewiesen, und zwar in der Erwägung, dass diese Objecte sammt Zugehör gemäss der Landtafeleinlage und dem Schätzungsoperate Bestandtheile des landtäflichen Gutes T. bilden, die Erwerb- und Einkommensteuer von denselben mithin als eine auf dem Gute selbst haftende landesfürstliche Steuer zu behandeln sind und als solche für die letzten drei Jahre das gesetzlich statuirte pfandrechtliche Vorzugsrecht im Sinne des Hofd. vom 16. September 1825, JGS Nr. 2132, geniessen, wobei der Umstand, dass zur Zeit der Vornahme der executiven Abschätzung diese Objecte nicht betrieben worden sind, nicht entscheidend ist, weil über die Frage der Vorschreibung der Steuer selbst ungeachtet der Betriebsunterlassnng eine Judicatur den Gerichten nicht zusteht.

Ueber den Recurs eines Tabulargläubigers hat die II. J. den angefochtenen B. dahin abgeändert, dass es von der Zuweisung der erwähnten Steuerbeträge in privilegirter Rangordnung das Abkommen zu finden habe; denn die Zuweisung dieser Steuern in privilegirter Rangordnung erscheint aus dem Grunde nicht gerechtfertigt, weil dieselben nicht Realsteuern sind, ihnen auch nicht das gleiche Pfandrecht wie Realsteuern zukommt, indem das landtäfliche Gut T. keineswegs als hauptsächlich zum Betriebe der Industrialien, für welche diese Steuern berechnet werden, bestimmt angesehen werden kann, diese Industrialien vielmehr für das Executionsobject ohne besondere Bedeutung waren, was sich schon daraus ergibt, dass dieselben bei Vornahme der Schätzung nicht mehr im Betriebe gestanden sind.

Dem Revisionsrecurse der k. k. Finanzprocuratur in Vertretung des Steuerärars hat der OGH stattzugeben und in Abänderung der E. II. J. die E. I. J. wieder herzustellen befunden, weil in dem Meistbote für das landtäfliche Gut T. auch jener für die einen Bestandtheil desselben bildenden mitveräusserten, zu gewerblichen Zwecken errichteten Realitäten,

nämlich das Bräuhaus, dann die Kalk- und Spiritusbrennerei inbegriffen ist, weil die betreffenden Realitäten, wie aus der Beschreibung derselben im Schätzungsprotocolle hervorgeht, nach ihrer Anlage nur zum Betriebe des bezüglichen Gewerbes bestimmt und demgemäss eingerichtet erscheinen, hiernach die von dem mit denselben verbundenen Gewerbe zur Vorschreibung gelangten Erwerb- und Einkommensteuer sammt Zuschlägen als auf den erwähnten Realitäten haftende, das Vorzugsrecht für die nicht älteren als dreijährigen Rückstände geniessende landesfürstliche Steuern zu behandeln, daher aus dem Meistbote, welcher sich auch auf sie als Zugehör des veräusserten Gutes verhältnissmässig erstreckt, in vorzugsweiser Rangordnung zuzuweisen sind, und weil hieran der Umstand, dass zur Zeit der executiven Schätzung die betreffenden Gewerbe nicht betrieben wurden, nichts zu ändern vermag, wenn in Betracht gezogen wird, dass für die sachliche Haftung die thatsächlich erfolgte Vorschreibung solcher Steuern und die ausschliessliche Bestimmung der Realitäten zum Betriebe eines Gewerbes massgebend sind, die Zulässigkeit der Steuervorschreibung aber vom Gerichte nicht zu prüfen ist.

2600.

Die Auflösung der Ehe im Sinne des § 115 ABG aus dem Grunde der unüberwindlichen Abneigung ist auch dann zulässig, wenn diese Abneigung keine gegenseitige ist.

E. v. 16. Februar 1892, Z. 12155. — (GH 26 ex 92, Seite 221.)

I. LG Wien.
II. OLG Wien.

Beide Ehegatten haben, nachdem sie sich über die zuerst von der Gattin Elisabeth A. wider ihren Mann Franz A. eingebrachten Klage auf Ehescheidung aus des letzteren Verschulden und nach in einem Notariatsacte erfolgter Auseinandersetzung über die vermögensrechtlichen Ansprüche und in Ansehung der Erziehung und Verpflegung ihrer beiden Kinder Leo und Hans bei der Tagsatzung vom 6. September 1888 auf die einverständliche Scheidung ihrer Ehe von Tisch und Bett geeinigt hatten und nachdem diese Scheidung vom LG bewilligt worden war, mit der einverständlich von ihnen überreichten Klage die vollständige Auflösung rücksichtlich Trennung ihrer am 2. Jänner 1884 vor dem Magistrate der Stadt Wien geschlossenen Ehe mit der Begründung begehrt, dass sie gegen einander eine geradezu unüberwindliche Abneigung haben.

Die I. J. hat dieses Begehren abgewiesen aus nachstehenden

Gründen:

Als Trennungsgrund wird in der Klage angeführt, beide Ehegatten seien zur Ueberzeugung gelangt, dass sie gegen einander eine, wie in der

Klage gesagt wird, „geradezu unüberwindliche“ Abneigung hegen. Es bildet mithin eine wechselseitige, auf Seiten jedes Ehegatten vorhandene unüberwindliche Abneigung das Fundament der vorliegenden Klage. Wenn die Ehegattin bei der Verhandlung erklärt hat, dass sie einerseits auf dem einverständlich gestellten Trennungsbegehren beharre, andererseits aber ausdrücklich ihre Abneigung im Gegensatze zu den Gesuchs-, beziehungsweise Klagsangaben als keineswegs unüberwindlich bezeichnet hat, so liegt hierin zweifellos ein Aufgeben des der Klage zu Grunde gelegten Sachverhaltes in thatsächlicher Beziehung seitens eines der Geklagten vor. Sie motivirt ihre Erklärung damit, dass ihr ein harmonisches eheliches Zusammenleben mit dem Gatten mit Hinblick auf dessen von ihm zugegebenes ehebrecherisches Verhältniss unmöglich sei, und hat in der früheren Verhandlung erklärt, sie hätte zwar Grund, gegen ihren Ehegatten eine unüberwindliche Abneigung zu hegen, habe jedoch dieselbe mit Rücksicht auf ihre Kinder überwunden. Seitens des Mannes als zweiten Trennungswerbers wird nun der Versuch gemacht, aus einer Reihe von Thatsachen zu deduciren, dass die Abneigung seiner Frau ihm gegenüber keineswegs eine überwindliche, sondern trotz ihrer gegentheiligen Angabe eine unüberwindliche sei. Allein, ob Jemand seine Abneigung überwinden könne oder nicht, dies zu beurtheilen ist er selbst am besten in der Lage. Die Ehefrau befindet sich durch die Erklärung, sie hege keine unüberwindliche Abneigung wider ihren Gatten, auch keineswegs in irgend einem logischen Widerspruch mit ihren sonstigen Angaben, denn sie hat ausdrücklich beigefügt, dass sie ihrer Kinder wegen — also aus mütterlicher Zuneigung — sich im Stande fühle, ihre Abneigung gegen ihren Gatten zu überwinden und dass nur das bestehende ehebrecherische Verhältniss ihres Gatten für sie ein moralisches Hinderniss ihrer Wiedervereinigung bildet.

Es ist daher der Versuch, aus vorangegangenen Vorfällen zu beweisen, dass es der Frau mit ihrer Versöhnlichkeit nicht ernst gemeint sei, als misslungen zu betrachten. Ueberhaupt muss im Auge behalten werden, dass in den Fällen des § 115 ABG die unüberwindliche Abneigung von den Ehegatten selbst behauptet und dieser Standpunkt im Processe consequent gewahrt werden muss, bevor in eine Prüfung der Frage einzugehen ist, ob diese von den Ehegatten erklärte Unüberwindlichkeit der Abneigung auch durch die vorgebrachten Thatsachen eine Stütze findet und als wirklich vorhanden anzunehmen sei.

Der umgekehrte Weg, wornach entgegen der Erklärung eines Ehegatten die Unüberwindlichkeit seiner Abneigung ihm gegenüber erst zu erweisen versucht wird, widerspricht sowohl den materiellrechtlichen Bestimmungen des Gesetzes, als auch der processualen Stellung der Ehegatten im Ehestreit. Eine andere vom materiellen Rechtsstandpunkte zu erörternde Frage ist die, ob im Falle des § 115 ABG eine einseitige un-

überwindliche Abneigung zur Trennung genüge. Diese Frage muss verneint werden.

Für diese Auslegung des Gesetzes spricht erstlich der Geist desselben, indem die Tendenz des geltenden Gesetzes zweifellos dahin geht, den Bestand einer Ehe so lange zu schützen, als nur irgend eine Aussicht vorhanden ist, die sittliche Voraussetzung der ehelichen Verbindung, nämlich die gegenseitige Harmonie, herzustellen; dass hiezu jede Aussicht geschwunden ist, kann mit einer an Gewissheit grenzenden Wahrscheinlichkeit füglich nur dann behauptet werden, wenn die gegenseitige Abneigung auf jeder Seite zugleich eine unüberwindliche ist. Nur ein gewichtiger, den übrigen im § 115 ABG angeführten Trennungsgründen äquipotenter Grund kann es sein, welcher die Auflösung der Ehe wegen Abneigung als gesetzlich begründet erscheinen lässt.

Bei gegentheiliger Anschauung käme man zu der Consequenz, dass der eine Ehegatte in einer von ihm für bleibend gehaltenen, jedoch vorübergehenden Gemüthsstimmung die Trennung der Ehe verlangt, der andere aus blosser Schwäche oder Gefälligkeit in das Trennungsbegehren willigt. Ja man könnte bei gegentheiliger Auffassung sogar die Abneigung als solche in Ansehung des zweiten Ehegatten als zum letzten Trennungsgrunde des § 115 ABG entbehrlich erklären. Die vorliegende Frage lässt sich auch keineswegs aus dem Grunde als eine müssige bezeichnen, weil es angeblich nur darauf ankomme, ob das Zusammenleben ein glückliches oder unglückliches, ein erträgliches oder ein unerträgliches sei, was allerdings bei einseitiger unüberwindlicher Abneigung ebensogut möglich ist, denn es handelt sich vielmehr darum, ob die eheliche Disharmonie einen so hohen Grad erreicht habe, dass jede Hoffnung auf Wiederherstellung des ehelichen Friedens als geschwunden betrachtet werden müsse. Letzteres ist aber nur bei beiderseitiger unüberwindlicher Abneiguug der Fall.

Für diese Interpretation spricht endlich auch der Wortlaut des Gesetzes. Im § 1266 ABG nämlich, wo von den vermögensrechtlichen Folgen der auf Verlangen beider Ehegatten bewilligten Ehetrennung die Rede ist, gebraucht der Gesetzgeber die Worte „ihrer unüberwindlichen Abneigung wegen". Hierunter ist schon nach der gewöhnlichen und allgemein üblichen Bedeutung der Worte — § 6 ABG — eine beiderseitige unüberwindliche Abneigung zu verstehen, umsomehr, als die Annahme ganz ausgeschlossen erscheint, der Gesetzgeber habe bei Regelung der vermögensrechtlichen Folgen der Ehetrennung andere Definitionen aufstellen oder andere Unterscheidungen machen wollen, als solche, die er bei Regelung der rein eherechtlichen Materien gemacht hat. Nachdem nun die Ehegatten im vorliegenden Fall ihrem Trennungsbegehren ausschliesslich ihre beiderseitige unüberwindliche Abneigung und keinen anderen der im § 115 ABG angeführten Ehetrennungsgründe zu Grunde

gelegt haben, nachdem ferner das Trennungsbegehren weder im Wege der Interpretation, noch im Wege der Analogie, mit Rücksicht auf die im Laufe des Processes abgegebenen Erklärungen und die hiedurch geschaffene Sachlage gesetzlich begründet erscheint, und Gesetze in der Weise gehandhabt werden müssen, wie es der Absicht des Gesetzgebers entspricht — war das Klagebegehren abzuweisen.

Die II. J. hat in Stattgebung der Appellationsbeschwerde die E. I. J. abgeändert und erkannt, dass die Ehe aus dem Grunde der unüberwindlichen Abneigung dem Bande nach getrennt und aufgelöst werde.

Der OGH hat über die ordentliche Revisionsbeschwerde des bestellten Vertheidigers des Ehebandes mit Verwerfung derselben das obergerichtliche, dem Ehetrennungsbegehren stattgebende Reformaturtheil mit dem Anhange zu bestätigen befunden, dass nunmehr wegen Anmerkung dieser endgiltig bewilligten Ehetrennung in dem von dem Wiener Magistrate geführten Eheregister bei dem daselbst eingetragenen Eheschliessungsacte in Gemässheit des § 19 des Hofd. vom 23. August 1819, Z. 1595 JGS und des § 122 ABG die entsprechende Verständigung an den Magistrat der Stadt Wien zu erfolgen hat.

Gründe:

Nach § 115 ABG gestattet das Gesetz nichtkatholisch christlichen Religionsverwandten, aus erheblichen Gründen die Trennung der Ehe zu fordern. Als einen solchen erheblichen Grund bezeichnet dieser Gesetzesparagraph auch eine unüberwindliche Abneigung, welcher wegen beide Ehegatten die Auflösung der Ehe verlangen. Dass diese Gesetzesbestimmung auch auf diese vor dem Wiener Magistrate geschlossene Civilehe Anwendung zu finden hat, unterliegt im Hinblicke auf die Bestimmung des § 2 rücksichtlich 1 des Gesetzes vom 9. April 1870, Z. 51 RGB, keinem Zweifel und ist im vorliegenden Falle auch nicht streitig.

Was nun den Bestand dieser unüberwindlichen Abneigung und die Gründe derselben anbelangt, so kann auch dermalen nicht der geringste Zweifel darüber bestehen, dass auf Seite des Mannes A seit langer Zeit eine solche Abneigung gegen seine Ehegattin besteht, dass dieselbe als eine unüberwindliche bezeichnet werden muss. Die Misshandlungen und empfindlichen Kränkungen, zu denen sich der Gatte einige Monate nach der Verehelichung hinreissen liess, der Umstand, dass auch nach der Geburt der beiden Kinder das lieblose Betragen des Mannes nicht aufhörte und die intimen Beziehungen, in welche er zu dem im Jahre 1884 eingetretenen Stubenmädchen trat, alle diese Umstände in Verbindung damit, dass die beiden Ehegatten seit Anfang 1888 getrennt leben, dass die über die Scheidungsklage der Elisabeth A abgehaltenen Versöhnungsversuche vollkommen fruchtlos waren, dass bereits in dem Notariatsacte vom 3. August 1888 beide dahin übereingekommen sind, ihre Ehe durch einverständ-

liche Trennung wegen unüberwindlicher Abneigung vollkommen aufzulösen, müssen wohl als ein genügender Beweis dafür angesehen werden, dass Franz A thatsächlich in unüberwindlicher Weise seiner Frau abgeneigt ist; sie können aber auch einem Zweifel darüber nicht Raum geben, dass das lieblose Verhalten auch seiner Frau Abneigung gegen ihren Gatten einflössen musste und eingeflösst hat.

Es ist daher anzunehmen, dass Elisabeth A wohl auch ihrerseits dem Franz A unüberwindlich abgeneigt ist, jedoch Anstand nimmt, mit Rücksicht auf ihre Kinder, dies geradezu auszusprechen. Allein, abgesehen hievon, muss der der Anschauung des ersten Richters entgegengesetzten Ansicht des OLG beigepflichtet werden, dass eine gegenseitige unüberwindliche Abneigung zur Trennung der Ehe von Akatholiken gar nicht nothwendig ist.

Der § 115 ABG spricht nur von einer unüberwindlichen Abneigung und nicht von einer beiderseitigen unüberwindlichen Abneigung. Der § 1266 des ABG bezieht ausdrücklich den § 115 ib. und kann nicht behauptet werden, dass aus der Stylisirung des ersten Satzes desselben: „Wird die Trennung der Ehe auf Verlangen beider Ehegatten ihrer unüberwindlichen Abneigung wegen verwilligt“ hervorleuchte, dass der Ehetrennungsgrund eine beiderseitige unüberwindliche Abneigung sein müsse, nachdem das Wort „ihrer“ in dem vorausgehenden Plural: „beide Ehegatten“ seine ausreichende stylistische Erklärung findet.

Ebensowenig aber kann als ein Argument für das Erforderniss der „beiderseitigen“ unüberwindlichen Abneigung der Umstand gelten, dass bei der Redaction des § 115 des ABG die Worte: „eine unüberwindliche Abneigung, daferne beide Ehegatten“ durch die Worte: „eine unüberwindliche Abneigung, welcher wegen beide Ehegatten“ substituirt wurden, weil dies lediglich zu dem Behufe geschah, um keinen Zweifel darüber aufkommen zu lassen, dass beide Ehegatten die Trennung der Ehe nur wegen des Vorhandenseins einer unüberwindlichen Abneigung verlangen können (Ofner's Protocolle, II. Bd., S. 510). Hiezu kommt aber, dass zu einer glücklichen Ehe beiderseitige Zuneigung ein wesentliches Erforderniss ist, dass, nachdem der Zweck der Ehe nach keiner Richtung erreichbar ist, wenn auch nur der eine Ehegatte von unwiderstehlicher und unüberwindlicher Abneigung gegen den anderen beseelt ist, es gleichmässig in dem Wunsche und Interesse beider Ehegatten und auch im allgemeinen Interesse gelegen ist, eine solche Ehe, welche nur dem Namen nach besteht, in Wirklichkeit aber nur für beide Ehegatten einen unerträglichen, qualvollen Zustand bedeutet, aufzulösen, da schon nach diesen Erwägungen es als genügend anzusehen ist, wenn auch nur die Abneigung des einen Ehegatten eine unüberwindliche ist. Da aber im vorliegenden Falle eine solche auf Seite des Mannes zweifellos vorhanden ist, kann der Erklärung der Gattin, ihrerseits sei die Abneigung keine unüberwindliche,

eine solche rechtliche Bedeutung nicht beigemessen werden, dass ungeachtet des auch von ihr aufrecht erhaltenen Begehrens um Ehetrennung diese demnach versagt werden müsste.

Aus diesen Erwägungen war daher unter Verwerfung der Revisionsbeschwerde des Vertheidigers des Ehebandes das obergerichtliche der angesuchten Ehetrennung stattgebende U. zu bestätigen.

2601.

Der Kataster und die Grundbuchsmappe sind integrirende Theile der bestandenen Grundbücher und vertreten das heutige Gutsbestandblatt.

E. v. 17. Februar 1892, Z. 1347. — (Práv. VII ex 92, Seite 222.)

I. BG Mělník.
II. OLG Prag.

Die Eheleute A begehrten wider die Eheleute B das Erkenntniss: Die Theilarea der Katastralparcelle Nr. 8/2 per 29·1 Qu.-Klftr., welche dermal zum Hause Conscr.-Nr. 1 im Marktflecken C zugeschrieben und im beigeschlossenen Idealplane mit den Buchstaben a, b, c, d, bezeichnet ist, vormals jedoch zur gewesenen Bauparcelle Nr. 11 gehörte, sei Eigenthum der Kläger, die Geklagten seien schuldig, dies anzuerkennen und ihnen dieselbe abzutreten, es sei ferner die Einverleibung des Eigenthumsrechtes für diese Theilarea zu Gunsten der Belangten ungiltig und dieselben schuldig, diese Theilarea von der zu ihrem Hause Conscr.-Nr. 1 in C zugeschriebenen Grundparcelle Nr. 8/2 grundbücherlich ab-, dagegen das Eigenthumsrecht für die Kläger auf Kosten der Belangten zuschreiben zu lassen.

Die I. J. wies die Klage ab, und zwar aus folgenden, den Sachverhalt einschliessenden

Gründen:

Die vorliegende Klage ist eine Eigenthumsklage nach § 366 ABG, gegen welche die Belangten die Einwendung erheben, dass sie selbst die Eigenthümer der strittigen Theilarea der Grundparcelle Nr. 8/2 sind, weil sie diese Grundparcelle zur Gänze gegenwärtig nicht nur factisch besitzen und geniessen, sondern weil dieselbe auch, und zwar schon seit Neuanlegung der Grundbücher, mithin seit 1. December 1881, grundbücherlich ihnen, den Belangten, zugeschrieben ist, indem sie dieselbe von der Gemeinde des Marktfleckens C laut des Kaufvertrages ddto. 25. März 1873 käuflich an sich brachten, seit jener Zeit auch dieselbe selbst derart benützten und besassen, wie sie die Gemeinde C seit mehr als 30 Jahren vom Klagstage an zurückgerechnet besass und benützt hat. Es mangelt daher den Klägern die active, ihnen (den Belangten) selbst aber die passive Streitlegitimation, endlich sei aber auch der Klagsanspruch wider sie im Hinblick auf § 64 GBG verjährt. Angesichts dieses Wider-

spruches obliegt den Klägern nach § 366 cit. die Darthuung ihres Eigenthumsrechtes, sie haben somit sowohl den Rechtstitel als die echte Erwerbungsart im Sinne des § 425 cit., im vorliegenden Falle also die Einverleibung des Eigenthumsrechtes zu ihren Gunsten bezüglich der strittigen Theilfläche der Grundparcelle Nr. 8/2 zu C darzuthun. Diese Beweisführung haben die Kläger auch versucht und insbesondere durch vollglaubwürdige Urkunden, namentlich den Extract aus den alten Grundbüchern des Marktfleckens C, wie auch durch den Kaufvertrag ddto. Prag, den 31. December 1862 bewiesen, dass Friedrich Graf D von den Erben des E das Haus Conscr.-Nr. 100 zu C sammt der Scheuer erkaufte, das Eigenthumsrecht hierauf zu seinen Gunsten bereits im Jahre 1850 grundbücherlich einverleibt wurde, und dass er bis zu Ende 1862 Eigenthümer blieb, dass sodann Antonia Gräfin F von ihm dieselbe Realität im Jahre 1863, hierauf aber von ihr am 10. August 1873 die Eheleute G und von diesen am 13. December 1873 die Eheleute A dieselbe käuflich an sich brachten und jeder Erwerber das Eigenthum gleichfalls in den Grundbüchern zu seinen Handen eintragen liess, dass daher die Eheleute A schon im Jahre 1873, beziehungsweise 1879, das unbeschränkte Eigenthum zu der Hausrealität Consrc.-Nr. 100 sammt Zugehör im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher für sich erlangt haben. Es entsteht jedoch die Frage, ob die Kläger auch das Eigenthum zu dem strittigen Theile der heutigen Parcelle Nr. 8/2 erworben haben, welche nach der Angabe der Kläger einen Theil der bestandenen Bauparcelle Nr. 11 bildet, auf welcher das Haus Conscr.-Nr. 100 zu C errichtet ist. Auch dies haben die Kläger zu erweisen versucht, indem sie behaupten, dass laut Bescheinigung des k. k. Steueramtes zu M. ddto. 19. Mai 1889 zur Zeit des Ankaufes seitens des Grafen D bis zum Jahre 1880 im stabilen Kataster die ganze bestandene Bauparcelle Nr. 11 im Ausmasse per 213 Qu.-Klftr. zum Hause Conscr.-Nr. 100 zu C zugeschrieben war, dass ferner laut des Zeugnisses des Gemeindevorstandes des Marktfleckens C Graf D und seine Besitznachfolger auf dieser Realität sammt Zugehör die Wirthschaft führten und für dieselbe die Steuern entrichteten; hieraus folgern die Kläger, dass die genannten Vorbesitzer bis auf sie herab das Eigenthumsrecht zum Hause Conscr.-Nr. 100 zu C, daher auch zu der ganzen bestandenen Bauparcelle Nr. 11 erlangt haben, weil die strittige Theilfläche per 29·1 Qu.-Klftr. einen Theil dieser bestandenen Bauparcelle bildet. Allein diese Auffassung der Kläger ist unrichtig, weil die Zuschreibung im Kataster betreff des Besitzes und Eigenthumes der obgenannten Vorbesitzer keinen Beweis liefert, nachdem der Kataster, als lediglich zu Steuerzwecken errichtet, in dieser Richtung nicht als öffentliche Urkunde erscheint (§ 111 AGO und § 12 des Pat. vom 20. April 1785). In vorliegendem Falle aber kann um so weniger auf ihn Nachdruck gelegt werden, als, wenngleich dargethan würde, dass diese Vorbesitzer durch

die ganze erwähnte Zeit das genannte Haus bewirthschafteten, damit die Bewirthschaftung der ganzen bestandenen Bauparcelle Nr. 11, geschweige denn der strittigen Theilfläche hievon nicht dargethan ist. Uebrigens haben die unbedenklichen Zeugen H, J, und K ausgesagt, dass schon im Jahre 1864, ja selbst mehrere Jahre vorher auf der strittigen Area Erdäpfelgruben bestanden, die Gemeinde C ihren Angehörigen die Erlaubniss ertheilte, dort ihren Vorrath an Erdäpfeln aufzubewahren, daher mit dieser Area factisch verfügte und sie schliesslich im Jahre 1873 den Belangten verkaufte, wogegen die Kläger nicht einen einzigen Fall namhaft zu machen vermochten, dass sie oder ihre Rechtsvorgänger mit dieser Area disponirten. Die Kläger berufen sich allerdings auf den Ministerial-Erlass ddto. 16. April 1871, Z. 3003, sie übersehen jedoch, dass laut desselben der Auszug aus dem Kataster und die Bestätigung des Gemeindevorstandes darüber, dass der jeweilige Eigenthümer irgend einer Stammwirthschaft zu einer bestimmten Zeit dieselbe bewirthschaftete und versteuerte, nur als Bescheinigung, aber nicht als Beweisdocument hierüber gilt, zumal hier, wo die obigen unbedenklichen Zeugen gerade bezüglich der strittigen Area das Gegentheil bestätigt haben. Durch das Gutachten der Sachverständigen wurde schliesslich allerdings dargethan, dass die im Idealplane mit a, b, c, d bezeichnete strittige Fläche als Theilarea der bestandenen Bauparcelle Nr. 11 oder der Bauarea des Hauses Conscr.-Nr. 100 zu C sich darstellt; allein da die Sachverständigen ihr Gutachten eben auf den Kataster gründeten, so gilt von ihm gleichfalls das oben betreffs des letzteren Gesagte und war die Klage wegen mangelnden Nachweises der Erfordernisse des Eigenthumsrechtes abzuweisen.

Ueber Appellation der Kläger hat jedoch die II. J. dem Klagebegehren unbedingt willfahrt, aus nachstehenden

Gründen:

Die Appellationbeschwerde ist begründet. Denn es ist nicht entscheidend, dass bei der Neuanlage der Grundbücher den Belangten das bücherliche Eigenthum zu dem strittigen Grundtheile zugeschrieben wurde, und dass mithin die letzteren nicht blosse Besitzer, sondern auch bücherliche Eigenthümer desselben nach dem neuen Grundbuche sind, weil die Eigenthumsklage nach § 61 GG auch dann platzgreift, wenn Jemand, der durch eine Einverleibung in seinem bücherlichen Rechte verletzt erscheint, dieselbe aus dem Grunde der Ungiltigkeit bestreitet und die Wiederherstellung des vorigen Standes begehrt. Die Einwendung der Belangten betreffs der Verjährung des Klagsanspruches laut § 64 GBG ist deshalb hinfällig, weil die Klage gegen sie als ursprüngliche Erwerber des bücherlichen Eigenthumsrechtes gerichtet ist, und mithin gegen sie nach § 62 ibid. durch die ganze Verjährungszeit giltig überreicht werden kann, zumal der § 64 cit. nur von dem Klagerechte gegen dritte Personen handelt.

Aus demselben Grunde ist auch die mit Bezug auf § 6 des Ges. v. 25. Juli 1871, RGB Nr. 96, erhobene Einwendung hinfällig; denn wenngleich die Kläger ihren Anspruch nicht binnen der Edictalfrist angemeldet haben, haben sie deshalb ihr Recht gegen die Belangten als die ursprünglichen Erwerber des bücherlichen Rechtes nicht verloren. Endlich ist auch die auf den § 323 ABG gestützte Einwendung der Belangten hinfällig, weil derjenige, der ein stärkeres Recht zu haben behauptet, dasselbe auch wider den redlichen Besitzer nach § 324 ib. im Wege der Klage darthun kann. Es ist also allerdings Sache der Kläger, ihr Eigenthumsrecht zu dem strittigen Theile der Grundparcelle 8/2 nach § 366 ib., sohin nach § 425 ib. den Titel und die Erwerbungsart zu demselben nachzuweisen. Wie schon der Erstrichter des Näheren ausführte, ist durch glaubwürdige Urkunden, insbesondere Kaufverträge, dargethan, dass die Kläger im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher das unbeschränkte Eigenthum des Hauses Conscr.-Nr. 100 zu C sammt Zugehör erworben haben und laut Bescheides vom 27. October 1879 das Eigenthumsrecht zu diesem Hause für sie grundbücherlich einverleibt wurde. Da nun die Kläger behaupten, dass der strittige Theil der heutigen Grundparzelle Kat.-Nr. 8/2 einen Theil der zu dem Hause Conscr.-Nr. 100 zu C zugeschriebenen Bauparcelle Nr. 11 bildet, so ist vor Allem zu erwägen, ob die Kläger als bücherliche Eigenthümer dieses Hauses auch bücherliche Eigenthümer der ehemaligen Bauparcelle Nr. 11 geworden sind. Im Hinblicke nun darauf, dass das neue Grundbuch für die Gemeinde C am 1. December 1881 in Wirksamkeit trat, die Kläger jedoch bereits im Jahre 1879 als Eigenthümer des Hauses Conscr.-Nr. 100 eingetragen waren und sofort mit dem bezüglichen Vertrage auch das unbeschränkte Eigenthum dieses Hauses sammt Zugehör auf sie überging, muss allerdings die Frage über die Erwerbung des Eigenthumes zu einer in den öffentlichen Büchern eingetragenen Realität nach dem Stande der Gesetzgebung zur Zeit der Wirksamkeit der ehemaligen Grundbücher entschieden werden. Die Kläger berufen sich diesfalls auf die Bescheinigung des k. k. Steueramtes zu M. ddto. 19. Mai 1889, wornach die ganze bestandene Bauparcelle Nr. 11 im Ausmasse per 213 Qu.-Klftr. seit der Zeit des Ankaufes seitens des Grafen D bis zum Jahre 1880 inclusive im stabilen Kataster zum Hause Conscr.-Nr. 100 zu C zugeschrieben war, dann auf das Zeugniss des Gemeindevorstandes des Marktfleckens C laut dessen vom Jahre 1847 an Graf D und seine Besitznachfolger auf dieser Realität sammt Zugehör die Wirthschaft führten und sie versteuerten. Der Erstrichter erachtet nun diese Belege zwar nicht für beweiskräftig, weil der Kataster vermeintlich blos ausschliesslich zu Steuerzwecken diene, dagegen rücksichtlich des Erweises des Besitzes und Eigenthumes nicht die Kraft einer öffentlichen Urkunde besitze. Allein dagegen muss betont werden, dass schon mittelst Hofd. vom 26. Jänner 1781, JGS Nr. 4, und des kais. Pat.

vom 22. April 1794, JGS Nr. 171 — allerdings nur betreff der Landtafel für Böhmen und Mähren — angeordnet wurde, dass eine jede im Kataster angeführte Liegenschaft auch in der Landtafel ihre besondere Rubrik erhalten und unter derselben Alles inbegriffen werden soll, was im Kataster unter ihr angegeben ist. Von dieser Vorschrift machte man nun auch betreff aller übrigen öffentlichen Bücher Gebrauch, ja man musste in Ermanglung anderer Vorschriften von ihr Gebrauch machen, was in Gemässheit der §§ 6 und 7 ABG ganz am Platze war. Andernfalls wäre ja ohne Kataster und Katastralmappe der Beweis des bücherlichen Eigenthumes zu der oder jener Parcelle und zu den einzelnen Theilen derselben, sowie der Beweis der Zugehörigkeit irgend einer Parcelle zu einem bestimmten Grundbuchskörper bei Bestand der alten Grundbücher gar nicht möglich gewesen, weil bis zur Einführung der neuen Grundbücher der Steuerkataster und die Grundparcellenmappe gewissermassen als der einzige und ausschliessliche Beleg darüber erscheinen, was unter einer bestimmten bücherlichen Einlage zu verstehen ist, mithin diese Operate bis dorthin das heutige Gutsbestandsblatt A in den öffentlichen Büchern ersetzten und vertraten, so dass sie als integrirende Theile der alten Grundbücher anzusehen sind. Die JMV vom 16. April 1871, Nr.3003, und die Plenar-E. des OGH vom 21. Februar 1871, Z. 459, sprechen allerdings nur von der Bescheinigung des Steueramtes und Gemeindevorstandes als Belegen in der obangedeuteten Richtung; allein dies erklärt sich daraus, dass in beiden nur von der Abtrennung und Abschreibung der Grundstücke die Rede ist, und es kann deshalb nicht gefolgert werden, dass durch diese Belege in Verbindung mit anderen Beweisen nicht der vollständige Beweis des Eigenthumes einer bestimmten, zu irgend einem Grundbuchskörper gehörigen Parcelle und deren Theilen, oder eigentlich der Beweis der Zugehörigkeit dieser Parcelle und ihrer Theile zu einer bücherlichen Liegenschaft herstellbar sei. Im vorliegenden Falle haben nun die Kläger durch die beigebrachten Contracte in Absicht auf die ehemalige Bauparcelle Nr. 11 dargethan, dass sie im Jahre 1879 und ihr Besitzvorgänger Graf D bereits im Jahre 1850 das bücherliche Eigenthum des Hauses Conscr.-Nr. 100 sammt allem Zugehör auf Grund eines giltigen Rechtstitels erworben haben und sie erbrachten durch den gerichtlichen Augenschein, sowie durch die Sachverständigen in der Feldmesskunst den weiteren Beweis, dass das Haus Conscr.-Nr. 100 auf der ehemaligen Bauparcelle Nr. 11 gestanden ist, welche auch noch den zu diesem Hause gehörigen Hof und die Bauarea einer dort bestandenen Scheuer umfasste. Haben jedoch die Kläger dargethan, dass sie das bücherliche Eigenthum zu diesem Hause und daher auch zu der ehemaligen Bauparcelle Nr. 11 erworben haben, bevor noch die neuen Grundbücher in Wirksamkeit traten, so ist unter Einem auch ihrerseits das bücherliche Eigenthum zu dieser Parcelle im Ganzen und in allen ihren Theilen erwiesen (§ 315 ABG).

War ja doch bei Bestand der alten Grundbücher, geradeso wie jetzt, nur die ganze, mit einer bestimmten Nummer bezeichnete Parcelle Gegenstand der bücherlichen Uebertragung des Eigenthumes und keineswegs irgend ein Theilstück derselben, welches eine bestimmte Parcellen-Nummer nicht hatte oder gleichzeitig nicht erhielt. Durch den Sachverständigen-Beweis ist jedoch weiters dargethan, dass der strittige Theil der im Idealplane mit a, b, c, d bezeichneten dermaligen Grundparcelle Nr. 8/2 einen Theil der gewesenen Bauarea des Hauses Conscr.-Nr. 100 zu C bildet und es haben hiedurch die Kläger ihr bücherliches Eigenthum auch zu dem strittigen Theile nicht nur bezüglich des giltigen Rechtstitels, sondern auch bezüglich der Erwerbungsart dargethan. Dem gegenüber berufen sich die Belangten lediglich darauf, dass sie nach den neuen Grundbüchern, daher vom Jahre 1881 an das bücherliche Eigenthum zu der Grundparcelle Nr. 8/2, welche den strittigen Theil der ehemaligen Bauparcelle Nr. 11 in sich fasst, erworben haben, anderseits jedoch darauf, dass sie den in Rede stehenden Grund im Jahre 1873 von der Gemeinde C erkauft haben, und diese Gemeinde ihn bereits vordem benützte und besass. Allein der Umstand, dass die Belangten bei Neuanlegung der Grundbücher aus derzeit unbekannter Ursache als Eigenthümer des erwähnten strittigen Grundtheiles bücherlich eingetragen waren, ist angesichts dessen, dass die Kläger ihr bücherliches Eigenthum schon durch die Eintragung im alten Grundbuche im Jahre 1879 auf Grund eines Vertrages als giltigen Rechtstitels erworben haben, unentscheidend, weil die Belangten lediglich die Erwerbungsart mittelst bücherlicher Eintragung für sich haben, keineswegs jedoch einen giltigen Titel. Sie berufen sich zwar auf den Kaufvertrag vom 25. März 1873, kraft dessen sie angeblich den strittigen Grund von der Gemeinde C um 58 fl. erkauften; allein dieser Vertrag kann nicht als giltiger Rechtstitel angesehen werden, weil er die in den §§ 55 und 97 alin. 1 der Gemeindeordnung für Böhmen vorgesehenen Erfordernisse nicht aufweist, und es können sich die Belangten mithin auch auf diese Gemeinde als Besitzvorfahrerin nicht berufen, zumal dieselbe ungeachtet der Streitverkündigung seitens der Belangten de präs. 10. Juli 1889 dem gegenwärtigen Stritte als Vertretungsleisterin nicht beitrat. Würde übrigens auch dieser Vertrag aus dem Jahre 1873 ein rechtsgiltiger sein, so wäre durch ihn keineswegs dargethan, dass die Gemeinde C selbst Eigenthümerin des strittigen Grundtheiles war oder ihn durch einen solchen Zeitraum im Besitze hatte, dass die Belangten unter Einrechnung desselben das Eigenthum hieran ersessen hätten (§§ 432 und 1493 ibid.). Die einverommenen Zeugen haben diesfalls blos angegeben, dass alle Bewohner von C auf dem strittigen Grundtheile ihre Erdäpfel in Löchern verwahrten, und der gewesene Gemeindevorsteher X hiezu seine Einwilligung, und zwar zuerst im Jahre 1864, ertheilt hat. Das könnte jedoch nur auf die Ausübung einer Dienstbarkeit an fremdem

Grunde, keineswegs jedoch in zwingender Weise auf den ausschliesslichen, zur Erwerbung des Eigenthumes sich eignenden Besitz dieses Grundtheiles hinweisen; noch weniger ist aber hiedurch die Ersitzung des strittigen Grundtheiles durch einen 30jährigen, mithin bis zum Jahre 1860 zurückreichenden Besitz dargethan. Hiernach müssen also die Belangten, welche weder einen giltigen Titel zur Erwerbung des Eigenthumes, noch die Ersitzung dargethan haben, nach § 366 ibid. den Klägern weichen. Es ist schliesslich auch noch die Einwendung der Belangten, dass angeblich weder die Kläger noch deren Besitzvorgänger, namentlich Graf D und Antonie Gräfin F. den strittigen Grundtheil besessen und benützt haben, in Betracht zu ziehen. Auch diese Einwendung ist unstichhältig, insoferne dargethan wurde, dass dieser strittige Grundtheil ein Theil der ehemaligen Bauparcelle Nr. 11 ist, an welcher Graf D bereits im Jahre 1850 als an einem integrirenden Bestandtheile des Hauses Conscr.-Nr. 100 zu C das bücherliche Eigenthum erworben hat; denn waren die Besitzvorfahrer der Kläger Eigenthümer der ganzen Bauparcelle Nr. 11, so haben sie dieses Eigenthum zu irgend einem Theile derselben, insbesondere zu dem strittigen Grundtheile, dadurch nicht eingebüsst, dass sie etwa zeitweise den Besitz gerade auf diesem Grundtheile nicht factisch ausübten (§§ 362 u. 1459 ib.).

Ueber Revision der Belangten hat der OGH die E. II. J. bestätigt, weil dieselbe durch die angeschlossene Begründung zur Gänze gerechtfertigt ist, und durch die Ausführungen der Revisionsbeschwerde nicht erschüttert erscheint, worin nur noch beigefügt wird, dass, wenn selbst der Kaufvertrag ddto. 25. März 1873 zwischen dem Belangten und der Gemeinde C als rechtsgiltig angesehen würde, die Belangten nicht erwiesen haben, dass diese Gemeinde selbst Eigenthümerin des strittigen Grundtheiles war, dass sie also weder einen giltigen Rechtstitel, noch eine Erwerbungsart von Seite dieser Gemeinde, daher nur einen bedenklichen Vormann ausgewiesen haben, somit den Klägern, welche nach den richtigen Ausführungen des Obergerichtes ihr Eigenthumsrecht vollständig darthun, im Grunde des § 373 ibid. weichen müssen.

2602.

Der Beweis der Echtheit eines Wechselacceptes ist durch strafgerichtliches Geständniss nicht hergestellt.

E. v. 17. Februar 1892, Z. 1815. — (Przegl. VII ex 92, Seite 193.)
I. LG Krakau.
II. OLG Krakau.

In der Wechselsache des A gegen B peto. 400 fl. ö. W. s. N. G. wurde die Zahlungsauflage seitens der I. J. ungeachtet der Einwendung des Wechselschuldners unbedingt aufrecht erhalten, aus folgenden, den Sachverhalt einschliessenden

Gründen:

Behufs Erhärtung der vom Belangten widersprochenen Echtheit des Wechselacceptes hat der Kläger angeführt, dass der Belangte den ihm bei der Oesterreichisch-ungarischen Bank zu Wien im Beisein der Zeugen C, D und des Civil-Sicherheitswachmannes E vorgewiesenen Klagewechsel als durch ihn mit eigener Hand unterfertigt anerkannte, und dass diese Anerkennung alle Erfordernisse eines aussergerichtlichen Geständnisses im Sinne des § 176 wg. GO aufweise, weil dem Indossanten des Klagewechsels und Zeugen C als Regresspflichtigen offenbar daran gelegen war, die Wahrheit zu erfahren und der Belangte dies wusste; mithin liege ein vollständiger Beweis hierüber vor. Da nun die Echtheit des Wechselacceptes nicht blos nur mittelst des im § 37 Summ.-Pat. erwähnten Eides, wie Belangter behauptet, sondern auch mittelst anderer gerichtsordnungsmässiger Beweismittel, mithin auch kraft des aussergerichtlichen Geständnisses dargethan und ferner das einmal abgelegte Geständniss nicht widerrufen werden kann, und nachdem schliesslich der Belangte nicht genügend erhärtet hat, dass er jenes Geständniss unter einem Zwange durch ungerechte und gegründete Furcht abgelegt habe (§ 870 ABG), weil aus seinen eigenen Angaben hervorgeht, dass jenes Geständniss nicht bei der Polizei, sondern bei der Oesterreichisch-ungarischen Bank erfolgte: so war die erhobene Einwendung der Unechtheit als unbegründet zu verwerfen und die Zahlungsauflage aufrecht zu erhalten.

Ueber Appellation des Belangten hat die II. J. die Aufrechthaltung der Zahlungsauflage von dem Ergebnisse des laut § 37 cit. durch den Belangten abzulegenden Haupteides abhängig gemacht, aus nachstehenden

Gründen:

Aus den Bestimmungen der Art. 4, 12, 21, 75, 76, 81, 94 und 96 WO geht unbezweifelhaft an den Tag, dass zur Begründung einer Wechselverpflichtung unbedingt die eigenhändige Fertigung des Ausstellers, Acceptanten oder Indossanten erforderlich ist; mithin kann bei Abgang einer eigenhändigen Fertigung von einer Wechselverpflichtung keine Rede sein. Der vom Kläger in der Replik angebotene mittelbare Echtheitsbeweis durch das aussergerichtliche Eingeständniss kann auch bei Vorhandensein aller gesetzlichen Erfordernisse den unmittelbaren Echtheitsbeweis nicht ersetzen, zumal hiedurch das Widerspiel, nämlich der Umstand, dass die Fertigung doch nicht eigenhändig ist, nicht ausgeschlossen wird und übrigens zufolge der vom Kläger nicht widersprochenen Ergänzung des Sachverhaltes in der Duplik dieses Eingeständniss in Folge von Drohungen und der Furcht vor Verhaftung erfolgte, mithin die Bedingungen des § 869 ABG nicht vorliegen. Es war daher auf den in der Replik aufgetragenen und vom Wechselschuldner in der Duplik

anticipando angenommenen Haupteid über die eigenhändige Fertigung des Acceptes zu erkennen.

Ueber Revision des Wechselklägers, worin betont wurde, dass die moralische Pression hier nicht, wie § 870 cit. fordert, von dem Mitcontrahenten, sondern von einem Dritten, dem Polizeicommissär, ausgegangen sein soll, welcher die Verhaftung nur erst für den Fall in Aussicht stellte, wenn Beweise hervorkämen, dass der Wechselkläger an dem Betrugsverbrechen seines entwichenen Sohnes theilnahm, hat der OGH die E. II. J. aus deren richtigen und im Gesetze begründeten Motiven bestätigt.

2603.

Die auf Abschlag vom Kaufschillinge erfolgte Uebernahme eines sowohl auf dem gekauften, als auch auf dem dem Verkäufer weiter verbleibenden Hausesantheile haftende Forderung zur Zahlung verpflichtet den Käufer noch nicht, diese Forderung über Aufforderung des Verkäufers an den Gläubiger zu bezahlen.

E. v. 17. Februar 1892, Z. 1585. — (GH 45 ex 92, Seite 380.)

I. KG Pilsen.
II. OLG Prag.

Die I. J. hat die Klage des Johann F. gegen Salomon und Philipp G., um Erkenntniss: „die Geklagten Salomon und Philipp G. seien schuldig, die im Kaufvertrage vom 5. Mai 1888 zur Zahlung übernommenen, auf dem an dieselben vom Kläger abverkauften $^1/_{12}$, sowie auf dem dem Kläger gehörigen $^1/_8$ Antheile des Hauses C.-Nr. 52 in der Stadt Pilsen, in der Grundbuchseinlage Z. 50 des Hauptbuches I der Stadt Pilsen noch immer haftenden Forderungen per 1700 fl. und 375 fl. zu bezahlen und auf dem dem Kläger gehörigen $^1/_8$ Antheile der Bauparcelle K.-Z. 366 sammt bräuberechtigten Hause C.-Nr. 52 in der Stadt Pilsen, zur Löschung zu bringen“, abgewiesen.

Gründe:

Obwohl beide Parteien darin übereinstimmen, dass den Geklagten von dem Kläger mittelst des Kaufvertrages vom 11. Mai 1888 der $^1/_{12}$-Antheil an dem Hause C.-Nr. 52 in der Stadt Pilsen um den Kaufpreis von 4900 fl. verkauft und auf Grund jenes Kaufvertrages für die Geklagten auf das erkaufte Zwölftel jenes Hauses das Eigenthumsrecht grundbücherlich einverleibt worden ist, und dass die Geklagten laut des Abs. 2 jenes Kaufvertrages auf Abschlag von diesem Kaufschillinge die auf dem erkauften Zwölftel und die zugleich auf dem dem Kläger noch übrig gebliebenen Achtel jenes Hauses haftenden Forderungen des Josef F. im

Gesammtbetrage von 3276 fl. $53^1/_2$ kr. ö. W. zur Zahlung und Verzinsung übernommen haben, und obwohl beide Parteien darin übereinstimmen, dass noch heutigen Tages auf jenem von dem Geklagten verkauften Zwölftel und auf dem dem Kläger verbliebenen Achtel des obcitirten Hauses für Josef F. die Forderung von 1700 fl., dann die Forderung desselben Josef F. per 375 fl. aushaften, so musste doch das Klagebegehren in seinen beiden Richtungen abgewiesen werden. Denn was die angestrebte Verurtheilung der Geklagten zur Zahlung der erwähnten Beträge per 1700 fl. s. NG und 375 fl. s. NG an Josef G. als bücherlichen Eigenthümer dieser Forderungen betrifft, so hat nur dieser als Gläubiger, nicht aber der Kläger das Recht, die Bezahlung jener Forderungen zu verlangen, eventuell die richterliche Hilfe, behufs Erlangung der Bezahlung in Anspruch zu nehmen, wobei in diesem Processe unerörtert bleiben muss, ob selbst der bücherliche Eigenthümer jener Forderungen, d. i. Josef F., die Bezahlung derselben von dem Geklagten Salomon und Philipp G. verlangen könnte, da, wie die Parteien übereinstimmen und durch den Grundbuchsextract B nachgewiesen erscheint, die Geklagten jenes Zwölftel des Hauses C.-Nr. 52 der Stadt Pilsen mittelst des Vertrages vom 10. April 1889 an Josefa F., Gattin des Gläubigers Josef F., verkauft und für die Josefa F. das Eigenthumsrecht auf jenes Hauseszwölftel sub praes. 19. April 1889, Z. 7078, einverleibt worden sei.

Was die angestrebte Löschung der obbezeichneten zwei Forderungen des Josef F. per 1700 fl. und 375 fl. c. s. c. ob dem dem Kläger gehörigen Achtel jenes Hauses C.-Nr. 52 in der Stadt Pilsen betrifft, so fehlt beim Widerspruche der Geklagten dem Kläger jeder Rechtsgrund zu einem solchen Verlangen, da sich die Geklagten in dem Kaufvertrage vom 11. Mai 1888 lit. A hiezu nicht verpflichteten und auf die vom Kläger vorgeschützten, vor und beim Vertragsabschlusse angeblich geschehenen mündlichen Verabredungen, die mit dem Kaufvertrage lit. A nicht übereinstimmen, und zwar als ob sich die Geklagten verpflichtet hätten, die angeführten Forderungen des Josef F. sogleich diesem zu bezahlen und ob dem dem Kläger gehörigen Achtel des Hauses C.-Nr. 52 in Pilsen zur Löschung zu bringen, gemäss § 887 ABG kein Bedacht genommen werden kann.

Auch auf die weiteren Repliksanführungen des Klägers, dass nämlich, als sich herausstellte, dass das von dem Kläger den Geklagten mittelst Kaufvertrages vom 5. Mai 1888 (lit. A) mitverkauften $^1/_{60}$ desselben Hauses C.-Nr. 52 in Pilsen dem Kläger nicht gehöre, sondern einem anderen gleichnamigen Johann F. der Kläger den Geklagten als Entschädigung den ursprünglichen Kaufpreis von 4900 fl. auf 4083·34 fl. reducirte, bei dieser am 23. Juni 1888 getroffenen Vereinbarung, der als guter Bekannter mitgewesene Em. K. die Geklagten darauf aufmerksam machte, dass doch eine Frist zur Zahlung der von dem Geklagten auf Ab-

schlag des Kaufschillings übernommenen Forderungen und zur Depurirung des dem Kläger verbliebenen Achtels jenes Hauses C.-Nr. 52 in Pilsen von diesem übernommenen Forderungen zu bestimmen wäre, weil der Zweck des Verkaufes eben die Freimachung jenes Achtels des Hauses von jenen Forderungen sei, und dass darauf der proprio und noe. m. des Philipp G. anwesende Salomon G. erwidert haben soll, dass dies nicht nothwendig sei, indem er das Geld beisammen habe und sogleich bezahlen werde, kann richterlicherseits keine Rücksicht genommen werden, weil in der angeführten Erklärung, wenn sie von dem Geklagten auch nicht widersprochen wäre, keine Zusage des Salomon G., die in der Klage angeführten, ob dem dem Kläger gehörigen Achtel des Hauses C.-Nr. 52 in Pilsen haftenden Forderungen des Josef F. löschen zu lassen, enthalten ist und überdies der Kläger selber gar nicht behauptet, dass Em. K. in Vollmacht des Klägers bei jener Unterredung mit Salomon G. gehandelt und dies dem Salomon G. bekannt gewesen wäre, und schliesslich, weil jene Unterredung des Em. K. mit Salomon G. nicht das genus actionis bildet, sondern die Klage sich ausschliesslich auf den Abs. 2 des Kaufvertrages vom 5. Mai 1888, lit. A ad B I, gründet.

Die II. J. hat die E. I. J. bestätigt.

Gründe:

Die Appellation des Klägers ist nicht geeignet, die angestrebte Abänderung des in Beschwerde gezogenen U. zu rechtfertigen; denn auf die Vorschrift des § 1422 ABG könnte sich derselbe nur dann mit Erfolg berufen, wenn er zu erweisen vermöchte, dass die Geklagten in dem Kaufvertrage lit. A eine persönliche Verpflichtung wegen Bezahlung der hier in Frage kommenden Forderungen des Josef F. per 1700 fl. und 375 fl. sammt Nebengebühren unter ausdrücklicher Befreiung des Klägers von jeder weiteren diesbezüglichen Zahlungsfrist und unter Zustimmung dieses Letzteren und des Josef F. übernommen haben.

Diesen Beweis hat aber der Kläger nicht erbracht. Der Wortlaut des Absatzes 2 des Vertrages lit. A lässt keine andere Deutung zu, als die, dass die Käufer die vorbezeichneten beiden Satzposten zur Zahlung und Verzinsung auf Abschlag vom Kaufschillinge übernehmen und es kann der in dem bezogenen Absatze 2 dieses Vertrages lit. A abgegebenen Erklärung der Geklagten nach dem allgemeinen Sprachgebrauche und im Hinblick auf die Vorschrift des § 443 ABG, wonach mit dem Eigenthume unbeweglicher Sachen wohl auch die darauf haftenden, in den öffentlichen Büchern angemerkten Lasten, das heisst die pfandrechtlichen oder sonstigen dinglichen Sicherstellungen übernommen werden, persönliche Forderungen gegen den vorigen Eigenthümer aber nicht auf den neuen Erwerber übergehen, keineswegs der Sinn beigelegt werden, dass die Geklagten als Käufer in Betreff der von ihnen übernommenen Hypothekarschulden und

speciell in Betreff der obgedachten beiden Satzposten eine grössere Verbindlichkeit übernehmen wollten, als in dem § 443 ABG ausgedrückt erscheint, also auch nicht der Sinn, dass sie an Stelle des Klägers zur völligen Befreiung desselben sich verpflichtet haben, dem Josef F. für seine Forderungen als einzig klagbaren Personalschuldner unbeschränkt mit ihrem ganzen Vermögen einzustehen.

Die Uebernahme einer so weitgehenden Verpflichtung seitens der Geklagten folgt weder aus dem Wortlaute des Vertrages lit. A, noch auch aus dem vom Kläger erwähnten Inhalte der bei Abschluss dieses Vertrages stattgefundenen Verhandlungen, wenn selbst bei Bestand des § 887 ABG auf dieselben Bedacht genommen werden könnte, zumal wenn der Wortlaut des Absatzes 3 des Vertrages lit. A berücksichtigt wird, in welchem der Kläger ausdrücklich Gewähr leistet, dass ausser den übernommenen Satzposten keine weiteren wirksamen Belastungen bestehen.

Es wurde auch klägerischerseits nicht einmal behauptet, dass Josef F. dem Vertrage beigetreten ist, so dass für diesen aus dem gedachten Vertrage weder Rechte noch Pflichten erwachsen sind.

Wird nun erwogen, dass die Geklagten nach dem Gesagten nur die Verpflichtung zur Verzinsung und Bezahlung der obgenannten Forderungen per 1700 fl. und 375 fl. s. N. G. in ihrer Eigenschaft als Hypotheksbesitzer übernommen haben, eine Verpflichtung zur grundbücherlichen Löschung des Pfandrechtes für diese Satzposten aber gar nicht übernommen haben, dass weiter zugestandenermassen die Geklagten den vom Kläger erkauften, als Hypothek dienenden Realitätsantheil sammt der übernommenen Belastung bereits am 10. April 1889 der Josefa F. weiter verkauft und derselben in den physischen und grundbücherlichen Besitz übergeben haben, so ergibt sich aus dem Gesagten die nothwendige Schlussfolgerung, dass der Klagsanspruch jeder gesetzlichen Grundlage entbehrt und auch dann abgewiesen werden muss, wenn die Berechtigung des Klägers zur Klage anerkannt würde.

Das in diesem Sinne ergangene U. I. J. musste demgemäss bestätigt werden.

In der a. o. Revisionsbeschwerde machte der Kläger geltend, dass die von ihm geführten Zeugen, welche beweisen sollen, dass durch die diesbezüglichen, im Vertrage enthaltenen Worte die Parteien vereinbartermassen ausgedrückt haben wollten, dass die Käufer die Forderungen anstatt an den Kläger, sofort an die Gläubiger zahlen sollen, als Interpretationszeugen zuzulassen seien, ferner dass die Bestimmung des § 443 ABG blos dort Anwendung finde, wo eine Forderung nicht ausdrücklich zur Zahlung übernommen wird, und dass, falls in der Uebernahme der Forderung zur Zahlung auf Abschlag vom Kaufschillinge nichts weiter liegen würde, als eine Uebernahme einer Last nach § 443 ABG, der Käufer

niemals zur Zahlung der ganzen von ihm zur Zahlung übernommenen Schuld verhalten werden könnte, sondern höchstens nur gemäss Analogie des § 37 CO zur Zahlung eines verhältnissmässigen Theiles der simultan sichergestellten Forderung, vorliegend also die Käufer als Eigenthümer des $^1/_{12}$ Antheiles des bräuberechtigten Hauses nur zur Zahlung von $^2/_5$ der Forderungen, obwohl zugestandenermassen von ihnen die ganze Forderung zur Zahlung übernommen worden sei.

Der OGH hat diese a. o. Revisionsbeschwerde verworfen.

Gründe:

Eine Nullität wird von dem Revisionswerber gar nicht behauptet und eine offenbare Ungerechtigkeit lässt sich in den unterrichterlichen U. nicht entdecken, vielmehr ist die E. der unteren Instanzen durch die Gründe des OLG gerechtfertigt.

Was in der Richtung der angeblichen Ungerechtigkeit und Actenwidrigkeit in der Revisionsbeschwerde vorgebracht wird, ist nicht stichhältig.

Die Ausführungen, welche sich darauf beziehen, dass hier eine Simultanhypothek vorliegt, und welche daraus ableiten wollen, dass der Käufer nach § 37 CO höchstens zur Zahlung eines verhältnissmässigen Antheils der übernommenen Schuld verhalten werden könnte, verdienen keine Beachtung, schon deshalb, weil hier keine Simultanhypothek vorliegt, sondern lediglich die Forderung eines Miteigenthümers auf verschiedenen anderen Hausantheilen eines anderen Miteigenthümers sichergestellt ist.

Ganz unrichtig ist die Behauptung, dass nach der obergerichtlichen Ansicht der Kläger für seinen verkauften Hausantheil nur 427 fl. 15 kr. erhielt.

Die Geklagten haben auf Abschlag des Kaufschillings für das verkaufte $^1/_{12}$ Haus Nr. 52 in Pilsen eine Forderung des Josef F. übernommen, die ebenfalls auf $^1/_8$ desselben Hauses aushaftete, welches gleichfalls dem Kläger gehörte.

Sollte Kläger genöthigt sein, dem Josef F. diese Summe zu bezahlen, so kann er von den Geklagten, eventuell ihren Rechtsnachfolgern auf Grund des abgeschlossenen Kaufvertrages den Ersatz für diese Zahlung begehren, und kann daher von einer Ungerechtigkeit dem Kläger gegenüber keine Rede sein, wenn seine Klage abgewiesen wird.

2604.

Eine zu Gunsten dritter Mitberechtigter vor dem Inslebentreten des GBG intabulirte, zufolge dieses Gesetzes unzulässige Satzpost kann nicht über einfaches Ansuchen des Eigenthümers des belasteten Reale gelöscht werden.

E. v. 23. Februar 1892, Z. 2220. — (NZ 6 ex 92, Seite 41.)

I. BG Mautern.
II. OLG Graz.

Johann W. jun., Besitzer der Reisacher Realität in M., hat um Löschung der auf seiner Realität E.-Z. 10 Catastralgemeinde M. Fol. 93 sub Post Nr. 1 im Lastenblatte haftenden Satzpost des Inhaltes: „praes. 1. Juli 1843, vollzogen 25. August 1843. Mit ortsgerichtlicher Bewilligung vom 1. Juli 1843, Z. 331, werden die Alpenausgleichsverträge vom 4. Juli 1836 und 1. Juli 1843 wegen künftiger Benützung der Zeiritzalpe mit den übrigen sieben Alpenbefahrern intabulirt“ — angesucht.

Die I. J. hat diesem Begehren Folge gegeben.

Ueber den Recurs der Mitinteressenten hat die II. J. die E. I. J. abgeändert und das Löschungsgesuch des Johann W. jun. abgewiesen, in der Erwägung, dass bei der Realität des Gesuchstellers E.-Z. 10 Catastralgemeinde M. am ersten Satze des Lastenblattes die Alpenausgleichsverträge vom 4. Juli 1836 und vom 1. Juli 1843 wegen künftiger Benützung der Zeiritzalpe mit den übrigen sieben Alpenbefahrern intabulirt sind; in der Erwägung, dass laut Gutsbestandsblattes dieser Realität mit dem Besitze der Realität das Weiderecht auf der Zeiritzalpe für vierzehn Stück Rindvieh verbunden ist; in der Erwägung, dass obige zwei Ausgleichsverträge nicht blos die Rechte, sondern auch die Lasten, Beschränkungen und Verpflichtungen der acht weideberechtigten Grundeigenthümer enthalten und laut § 6 des letzteren Ausgleiches von diesen, um die Wirksamkeit und Befolgung des Vergleiches auch für künftighin zu sichern, die Einverleibung beider Vergleiche bei ihren Realitäten als Last bewilligt und vollzogen wurde; in der Erwägung, dass daher diese zu Gunsten der übrigen weideberechtigten Grundeigenthümer haftende Satzpost nicht über einfaches Ansuchen des Johann W. jun., gelöscht werden kann, sondern hiezu die Einwilligung der Berechtigten eventuell ein die Löschung bewilligendes U. erforderlich ist.

Dagegen brachte Johann W. jun. den Revisionsrecurs ein und machte in demselben geltend: die Eintragung, um deren Löschung angesucht wurde, sei nach dem GBG vom Jahre 1871 nicht zulässig, gehöre keinesfalls in das Lastenblatt, und hätte bei der Neuanlegung des Grundbuches nicht übertragen werden sollen. Die Weiderechte der mitberechtigten Alpenbefahrer werden durch die angesuchte Löschung nicht tangirt, weil ihre Eigenthumsrechte an der Zeiritzalpe ohnehin eingetragen sind.

Der OGH hat diesem Revisionsrecurse keine Folge zu geben und die angefochtene oberlandesgerichtliche Erledigung aus deren Gründen und in der weiteren Erwägung zu bestätigen befunden, dass die sub praes. 1. Juli 1843 vollzogene Intabulation der Alpenausgleichsverträge vom 4. Juli 1836 und 1. Juli 1843 gemäss § 5 ABG nicht nach dem seit 15. Februar 1872 in Wirksamkeit bestehenden Gesetze vom 25. Juli 1871, RGB Nr. 95, beurtheilt werden kann, und Gesuchsteller das rechtliche Interesse der übrigen Alpenbefahrer an dem Intabulate, dessen Löschung er begehrt, selbst dadurch anerkennt, dass er die Verständigung derselben von der angestrebten Löschungseinverleibung angesucht hat.

2605.

Unzulässigkeit der Execution auf eine Concession zur Errichtung einer Wasserleitung.

E. v. 23. Februar 1892, Z. 2035. — (GH 32 ex 92, Seite 273.)
I. st.-del. BG Wien.
II. OLG Wien.

Die I. J. bewilligte dem A wegen seiner Forderung per 5322 fl. 90 kr. die executive Pfändung des dem B gehörigen Antheiles an der von dem hohen k. k. Ackerbauministerium bewilligten Concession zur Anlage und zum Betriebe der projectirten W. . . T. . . . Wasserleitung in der Erwägung, dass Alles Gegenstand des Pfandrechtes sein kann, was eine Veräusserung zulässt, also nicht nur körperliche Sachen, sondern auch veräusserliche Rechte, und aus der hiergerichts erliegenden Concessionsurkunde (in copia), laut welcher dem B und Genossen die Bewilligung zur Anlage und zum Betriebe der der W. . . T. . . Wasserleitung ertheilt wurde, die Uebertragbarkeit der ertheilten Bewilligung an Rechtsnachfolger aus der sub A 1, Abs. 2 normirten Bestimmung: „Der jeweilige Rechtsnachfolger der genannten Unternehmer, sowie jeder Pächter und Stellvertreter ist behufs Ausübung der ertheilten Bewilligung der k. k. politischen Behörde anzuzeigen“ zu entnehmen ist.

Dem Recurse des Executen hat die II. J. Folge gegeben und in Abänderung des angefochtenen Bescheides das Executionsgesuch des A abgewiesen, weil eine derlei behördliche Concession als solche, als kein solcher im Verkehr stehender Gegenstand angesehen werden kann, welcher im Wege der Executionsführung verwerthet werden kann, und weil, insoferne die Execution auf das Erträgniss des Unternehmens geführt werden will, dieselbe im Sinne des § 320 AGO nur durch Sequestration stattfinden könnte.

Dem Revisionsrecurse des Executionsführers hat der OGH keine Folge zu geben befunden, weil die von der Administrativbehörde einer oder mehreren Personen ertheilte Bewilligung zur Errichtung und zum

Betriebe eines Werkes, wie solche nach Inhalt des Gesuchsbegehrens in Execution gezogen werden soll, durchaus nicht als ein im allgemeinen Verkehre stehendes selbstständiges Vermögensobject angesehen werden kann, und sich den Privatrechten und Forderungen, welche der Executionsführung nach §§ 340 und 347 AGO unterliegen, nicht gleichhalten lässt.

2606.

Statthaftigkeit der Fristwerbung zum Ausweise der innerhalb des Edictaltermines zu dem als caduc depositirten Nachlasse angemeldeten Rechte.

Cassations-E. v. 23. Februar 1892, Z. 2050. — (Przegl. VI ex 92, Seite 169.)
I. BG Złoczow.
II. OLG Lemberg.

In Folge der Edictal-Aufforderung der I. J. an die allfälligen Petenten der über 30 Jahre dortgerichts verwahrten Depositen meldeten A und Genossen ihre Ansprüche auf ein näher bezeichnetes Deposit an und baten um eine einjährige Frist zum Ausweise ihrer diesfälligen Rechte. Diesem Ansuchen gaben die beiden Unterinstanzen keine Folge; denn, obzwar im Caducitätsverfahren als einer Verfahrensart ex officio nobili (§ 2 des Circulars vom 13. September 1820, JGS Nr. 1701, beziehungsweise Hofd. vom 18. Mai 1825, Polit. Ges.-Smlg. Band 53, Seite 53) die Bestimmungen des § 6 der Proc.-Nov. als nur für das Streitverfahren geltend, nicht anwendbar erscheinen, geht doch gerade aus dem Hofd. vom 30. October 1802, JGS Nr. 582 und ebenso aus dem § 1 des cit. Circulars vom Jahre 1820 hervor, dass der Edictaltermin, um dessen Erweiterung gebeten wird, sowohl zur Anmeldung als auch zur Darthuung der erhobenen Ansprüche bestimmt ist, und im Falle als innerhalb desselben Niemand sich in gehöriger Weise legitimirt hätte, nach Ablauf desselben das erlegte Deposit als caduc zu erklären ist. Dieser Termin stellt sich daher als Präclusivfrist dar.

Der a. o. Revisionsbeschwerde gab der OGH Folge und ertheilte den Ansuchenden die gebetene Frist, beginnend vom Ausgange des Edictaltermines bis zum 15. Juli 1892, zur Darthuung des angemeldeten Eigenthumsrechtes, in der Erwägung, dass die Anmeldung der Recurrenten innerhalb des Edictaltermines erfolgte und seitens der I. J. zur Gerichtskenntniss genommen wurde, dass ferner die Gewährung einer angemessenen Frist zum Ausweise der erforderlichen Legitimation im Sinne des Hofd. vom 30. October 1802, JGS Nr. 582, sich nicht als unzulässig darstellt, zumal die Recurrenten ausgewiesen haben, dass sie zur Beschaffung bestimmter Legitimationsbehelfe die angesuchte Frist thatsächlich benöthigen.

2607.

Die a. o. Revisionsbeschwerde ist im Anfechtungsverfahren nur dann zulässig, wenn die Forderung, zu deren Gunsten die Anfechtung erfolgt, dem Betrage nach dem Summarverfahren nicht unterliegt.

E. v. 23. Februar 1892, Z. 15084. — (GH 27 ex 92, Seite 228.)

I. BG Rann.
II. OLG Graz.

Johann G. begehrte gegen Josef D. das Erkenntniss: Josef D. sei schuldig anzuerkennen, dass der Darlehensvertrag zwischen ihm und seinem Bruder Anton D., demzufolge auf Grund des Schuldscheines vom 18. Jänner 1890 bei der Realität E. Z. 263 der Katastralgemeinde Z. die Forderung per 1100 fl. s. A. zu dessen Gunsten pfandrechtlich sichergestellt worden ist, insoweit dieses Rechtsgeschäft der klägerischen, bei obiger Realität executiv haftenden Forderung per 83 fl. s. A. hinderlich ist, rechtsunwirksam sei, er sei demnach schuldig, zu gestatten, dass bei der Realität E. Z. 263 der Katastralgemeinde Z. das Pfandrecht für die obgenannte klägerische Forderung per 83 fl. vor der obbezeichneten Forderung des Geklagten per 1100 fl. angemerkt, respective dass die Forderung des Klägers aus dem Meistbote obiger Realität per 6000 fl. vor der angefochtenen Forderung des Geklagten zugewiesen werde.

Die I. J. hat das Klagebegehren abgewiesen.

Ueber Appellation des Klägers hat die II. J. die E. I. J. bestätigt.

Die a. o. Revisionsbeschwerde des Klägers hat der OGH als nach § 51 des Just.-Hofd. vom 24. October 1845, JGS Nr. 906, unzulässig zu verwerfen befunden, weil nach § 47 AG im summarischen Anfechtungsverfahren das Rechtsmittel der a. o. Revision nur in jenen Fällen statthaft ist, in welchen nach dem Gesetze das ordentliche schriftliche oder mündliche Verfahren einzutreten hätte, diese Voraussetzung aber im vorliegenden Falle, in welchem die Forderung, wegen welcher das Anfechtungsrecht geltend gemacht wird, blos 83 fl. beträgt, hienach bei Geltendmachung derselben ausserhalb des Anfechtungsprocesses das summarische Verfahren stattzufinden hätte, nicht zutrifft.

2608.

Die Gerichte sind nicht verpflichtet, eine Verfügung des Börsenschiedsgerichtes, ohne die rechtliche Zulässigkeit derselben zu prüfen, in Vollzug zu setzen.

E. v. 24. Februar 1892, Z. 1717. — (GZ 20 ex 92, Seite 157.)

I. HG Triest.
II. OLG Triest.

Die I. J. hat dem Ersuchen des Triester Börsenschiedsgerichtes um Vollzug eines B., womit über Ansuchen des A um executive Durchführung

des Schiedsrichterspruches vom 28. September 1891 im Sinne des § 310 AGO der Personalarrest des B ad praestandum factum zum Zwecke der Nachweisung des an die Firma X geleisteten Ersatzes von 5829 fl. bewilligt worden war, keine Folge gegeben, weil die dem B aufgetragene Leistung keine nach § 310 AGO zu behandelnde Schuldigkeit ist, dieselbe vielmehr die Zahlung eines Geldbetrages begründe, für welche der Personalarrest des Schuldners nicht zulässig ist.

Die II. J. hat dem Recurse des A keine Folge gegeben und die erstrichterliche Verfügung in der Erwägung bestätigt, dass der § 310 AGO die Anwendung von Geld- und Leibesstrafen nur zum Zwecke der Leistung einer Arbeit gestattet, welche durch dritte Personen nicht zu Stande gebracht werden kann, was von der Zahlung einer Geldsumme nicht behauptet werden kann.

Der OGH hat den vom A überreichten Revisionsrecurs, in welchem unter Anderem angeführt wurde, dass die erste Instanz nicht berufen war, den Spruch des Schiedsgerichtes einer Ueberprüfung zu unterziehen, und selbe die vom Börsenschiedsgerichte bewilligte Execution dem Ersuchschreiben gemäss ohneweiters zu vollziehen hatte, zurückgewiesen, weil dem Börsengerichte in Triest zwar das Recht zusteht, auf Grund seiner Schiedssprüche die Execution zu bewilligen und das zuständige Gericht des Executen um deren Vollzug zu ersuchen, daraus jedoch keineswegs gefolgert werden kann, dass dem Gerichte, welchem allein und ausschliesslich der Executionsvollzug zusteht, das Recht benommen sei, vorerst die rechtliche Zulässigkeit des Executionsactes und der Vollstreckung desselben zu prüfen und sonach zu erkennen, ob mit Rücksicht auf die geltenden Vorschriften des Civilprocesses die nothwendigen gesetzlichen Bedingungen zum Vollzuge des bewilligten Executionsmittels vorhanden sind; weil dieses Recht der staatlichen Gerichte um so weniger in Zweifel gezogen werden kann, als bei Nichtannahme desselben der Partei jedes Rechtsmittel gegen einen rechtswidrigen Executionsvollzug benommen wäre, und weil in den Entscheidungen der unteren Instanzen, welche die Durchführung des Executionsactes aus dem Grunde verweigerten, weil sie mit Rücksicht auf den Inhalt des Schiedsspruches die bewilligte Executionsart auf den fraglichen Fall nicht anwendbar erachteten, indem selbe sich als ein nach dem Gesetze vom 4 Mai 1868, R. G. Bl. Nr. 34, nicht zulässiger Personalarrest des Schuldners wegen einer Geldforderung darstellt, eine Gesetzverletzung und offenbare Ungerechtigkeit nicht wahrgenommen werden kann.

2609.

Zur Verhandlung und E. über eine Klage, mit welcher im Sinne des Ges. vom 16. März 1884, RGB Nr. 36, die Unwirksamerklärung eines vom Beklagten erworbenen executiven Pfandrechtes begehrt wird, ist auch das Gericht, welches den Executionsact vorgenommen hat, zuständig.

E. v. 24. Februar 1892, Z. 1722. — (GZ 28 ex 92, Seite 221.)

I. BG Habern.
II. OLG Prag.

In der nach dem AG summarisch verhandelten Rechtssache des MV im Concurse des A gegen B wegen Unwirksamkeit des vom Geklagten B an dem Vermögen des Concursanten A erworbenen Pfandrechtes hat Geklagter die Einwendung der Unzuständigkeit des angerufenen BG in Habern erhoben, weil nicht dieses, sondern das BG in Reichenau, woselbst Geklagter seinen ordentlichen Wohnsitz hat, als Personalinstanz zur Austragung dieser Rechtsangelegenheit zuständig ist.

Die I. J. hat diese Einwendung in der Erwägung verworfen, dass seine Competenz durch die Bestimmung des § 72 JN und des § 3 Hofd. vom 29. Mai 1845, JGS Nr. 889, begründet ist, welche Bestimmungen analog bei dem vorliegenden Falle angewendet werden können, weil die executive Pfändung und Schätzung von Mobilien, welche zum Nachtheile der übrigen Gläubiger vorgenommen wurde, angefochten wird, und das AG keine Bestimmung über die Competenz enthält, daher hier die allgemeinen Competenzbestimmungen gelten.

Die II. J. hat der erwähnten Incompetenz-Einwendung Folge gegeben und die Klage ab- und an das zuständige Gericht gewiesen.

Gründe:

Die klagende CM stützt das Recht, einen anderen, als den im § 13 JN festgesetzten allgemeinen Gerichtsstand des Wohnsitzes des Geklagten in Anspruch zu nehmen: 1. auf die Bestimmung des § 54 JN, 2. auf die Anordnungen des Absatzes 3 des Hofd. vom 29. Mai 1845, JGS Nr. 889, und des mit demselben im Einklange stehenden § 72 JN. In beiden Beziehungen ist jedoch der in Anspruch genommene Gerichtsstand in der Sachlage und im Gesetze nicht gegründet. Ad 1. Was die Berufung auf die Bestimmungen des § 54 JN anbelangt, so wäre dieselbe auch dann ungegründet, wenn die Klägerin bei vorliegendem Widerspruche des Geklagten beweisen würde, dass die in Frage stehenden gepfändeten beweglichen Sachen zur Zeit der Ueberreichung der Klage im Sprengel des BG Habern sich befunden haben, weil die gegenwärtige Anfechtungsklage nicht ein dingliches Recht auf eine bewegliche Sache zum Gegenstande hat, sondern als Anfechtungsklage in erster Reihe die An-

fechtung der Rechtshandlung anstrebt, als deren Consequenz erst in zweiter Reihe die Unwirksamkeit des Executionstitels und der vorgenommenen Executionshandlungen sich ergeben soll (§ 12 des AG). Ad 2. Auch die Bestimmungen des Absatzes 3 des Hofd. vom 29. Mai 1845, JGS Nr. 889, und des § 72 JN können im gegebenen Falle den angesprochenen besonderen Gerichtsstand nicht begründen. Die Klägerin macht nur geltend, dass der Geklagte das Pfandrecht in nach dem AG anfechtbarer Weise erworben hat, und stützt sich weiter darauf, dass sie in „anderen Rechten", und zwar in dem Rechte der Concursgläubiger, im Wege der Realisirung des Massavermögens in gleicher Weise und zu gleichen verhältnissmässigen Quoten befriedigt zu werden, durch das vom Geklagten erworbene Pfandrecht verkürzt wurde. Nun wurde die angefochtene Pfändung mit dem B. des KG als HG Königgrätz vom 6. März 1891, Z. 1246, bewilligt und vom BG Habern am 16. März 1891 vollzogen; der Concurs über das Vermögen des Bernhard L. wurde jedoch erst am 17. März 1891 eröffet. Das im Hofd. vom 29. Mai 1845, JGS Nr. 889, normirte Verfahren für Entpfändungs- oder Exscindirungsklagen setzt jedoch voraus, dass das angeblich gekränkte Recht bereits zur Zeit des Executionsvollzuges bestand, was nach dem Vorausgeschickten hier nicht der Fall ist, da die Concursgläubiger ihre Rechte erst mit der Eröffnung des Concurses, also nach dem Vollzuge der Execution erlangt hatten, daher zur Zeit dieses Vollzuges in ihrem Rechte noch nicht gekränkt worden sein konnten.

Der OGH hat die E. II. J. abgeändert und die E. I. J., insoferne damit die vom Geklagten erhobene Einwendung der Unzuständigkeit des Gerichtes verworfen wurde, wieder hergestellt.

Gründe:

Gemäss Al. 2 des § 72 JN kann die Klage eines Dritten wegen Aufhebung eines Executionsactes, durch welchen er sich in seinen Rechten gekränkt erachtet, nach der Wahl des Klägers entweder bei dem Erkenntnissgerichte oder bei jenem Gerichte, welches den Executionsact vorgenommen hat, angebracht werden. Aus der Zusammenhaltung der auf den vorliegenden Rechtsfall Anwendung findenden Bestimmungen der §§ 5, 6 und 12 des AG ergibt sich, dass nach § 12 die Anfechtung dadurch nicht ausgeschlossen wird, dass für die angefochtene Rechtshandlung ein vollstreckbares U., ein vollstreckbarer Vergleich oder ein anderer Executionstitel erlangt wurde, und dass der Anfechtungsanspruch durch die Thatsache begründet wird, dass ein Gläubiger Sicherstellung oder Befriedigung erlangte in Kenntniss der bereits erfolgten Zahlungseinstellung seines Schuldners; ferner dass § 6 des cit. Gesetzes Rechtshandlungen betrifft, welche einem Gläubiger Sicherstellung oder Befriedigung gewähren, jedoch eine solche, welche er in der Art und zu der Zeit zu beanspruchen hatte, als sie ihm ge-

worden ist; weiter, dass im Falle des Concurses sich die Anfechtung auf die angegriffene Rechtshandlung ihrem ganzen Umfange nach erstreckt, und dass schon mit der relativen Dispositionsunfähigkeit des Schuldners der Anspruch sämmtlicher Gläubiger auf gleichmässige Befriedigung begründet werde, und daher jede, auch ohne Betheiligung des Schuldners vorgenommene Handlung, welche einem Gläubiger Sicherstellung oder Befriedigung gewährt, die ihm beim Bestande des Rechtes der Gesammtheit der Gläubiger auf gleichmässige Befriedigung nicht mehr hätte zukommen können, anfechtbar ist. Hieraus und im Hinblicke auf § 12 des AG folgt, dass in der Vornahme der Execution die anfechtbare Rechtshandlung gelegen ist. Da nun der zur Vertretung der Concursgläubiger berufene MV die Unwirksamkeit des vom Geklagten im Executionswege erworbenen Pfandrechtes, also die Aufhebung dieses Executionsactes anstrebt, so erscheint nach § 72 JN das BG in Habern, welches den Executionsact vorgenommen hat, allerdings zur E. dieser Rechtssache competent, weshalb der ordentlichen Revision des Klägers stattzugeben und in Abänderung des U. II. J. das die Incompetenz-Einwendung verwerfende U. I. J. wieder herzustellen war.

2610.

Durch die unbeanständete Annahme einer den Vermerk eines bestimmten Zahlungsortes enthaltenden Factura hat sich der Empfänger dieser Factura mit dem in derselben proponirten Zahlungsorte auch dann einverstanden erklärt, wenn selbst bei Abschluss des fraglichen Geschäftes ausdrücklich ein anderer Zahlungsort vereinbart worden wäre.

E. v. 24. Februar 1892, Z. 1846. — (GH 6 ex 92, Seite 52.)
I. HG Wien.
II. OLG Wien.

Die Firma A belangte den in Triest wohnhaften B mittelst Klage auf Zahlung des Kaufpreises von 87·79 fl. für gelieferte Parfumeriewaaren, und begründete die Competenz dieses Gerichtes damit, dass B eine den Beisatz „zahlbar in Wien" enthaltende Factura unbeanständet in Empfang genommen hätte. B dagegen bestritt die Competenz des Wiener HG und begründete seine Incompetenzeinwendung damit, dass, wie auch durch die Aussage zweier unbedenklicher Zeugen erhärtet wurde, bei der Bestellung der fraglichen Waaren ausdrücklich Triest als Zahlungsort vereinbart war.

Die I. J. gab der seitens des Geklagten erhobenen Incompetenzeinwendung Folge und wies die Klage vor diesem Gerichtshofe ab, weil die hiergerichtliche Competenz seitens des Geklagten unter Berufung auf eine zwischen ihm und dem klägerischen Geschäftsreisenden ausdrücklich getroffene Vereinbarung angefochten wird, nach welcher die Zahlung des

Kaufpreises in Triest stattzufinden habe und wird dieser Umstand durch zwei, beim Geschäftsabschlusse zugegen gewesene, ganz unbedenkliche Zeugen übereinstimmend bestätigt, er ist demnach gemäss § 137 AGO für erwiesen zu halten, und war, da er die Incompetenzeinwendung des Geklagten für gerechtfertigt erscheinen lässt, Kläger mit seiner Klage von diesem Gerichtshofe abzuweisen.

Die klägerische Firma will eventuell die hiergerichtliche Competenz auch durch die stillschweigende Annahme einer mit der gewöhnlichen Clausel „zahlbar in Wien" versehenen Factura seitens des Geklagten begründet wissen; eine concludente Handlung kann jedoch hierin nur dann gefunden werden, wenn der Zahlungsort mangels einer bezüglichen Vereinbarung erst festgesetzt werden soll und der Empfänger der Factura dem in der letzteren gestellten Antrage sich stillschweigend fügt. In Fällen, wie dem vorliegenden jedoch, wo eine förmliche Vereinbarung des Zahlungsortes bereits besteht, hat der Empfänger der Factura gar keine Verpflichtung, über die in letzterer proponirte Aenderung in Ansehung des vertragsmässig bestimmten Zahlungsortes sich noch zu äussern, weil ja ohnedem durch die über sein Stillschweigen einseitig bleibende Willenserklärung des anderen Contrahenten die bereits vorliegende ausdrückliche Vereinbarung nicht beliebig abgeändert werden kann. Das Stillschweigen des Geklagten gegenüber dem Zahlungsvermerk der klägerischen Factura kann somit in diesem Falle durchaus nicht als Zustimmung angesehen werden.

Ueber Appellation der klägerischen Firma hat die II. J. in Abänderung des U. der I. J. die vom Geklagten erhobene Incompetenzeinwendung zurückgewiesen und der I. J. aufgetragen, mit der E. in der Hauptsache vorzugehen, dies in der Erwägung, dass der Geklagte bei der Ergänzungsverhandlung am 3. April 1891 gesteht, die in der Factura vom 21. August 1889 verzeichneten Waaren, deren Kaufpreis eingeklagt wird, mit der den Beisatz „zahlbar in Wien" enthaltenden Factura erhalten zu haben. Da er nicht einmal behauptet, diesen Facturenvermerk beanständet zu haben, da ferner die Nichtbeanständigung der Factura in Bezug auf obigen Vermerk einer stillschweigenden Acceptirung des Zahlungsortes Wien gleichzuhalten ist, so würde der Geklagte, wenn er überhaupt zu einer Zahlung für die Waaren angehalten werden kann (was gegenwärtig nicht zu untersuchen ist), die Zahlung in Wien leisten müssen, und zwar in Folge der durch Vertrag geschehenen Bestimmung dieses Zahlungsortes, und ist deshalb, und weil es sich unzweifelhaft um einen Kauf zum Zwecke der Weiterveräusserung handelt, die Zuständigkeit des HG Wien als Vertragsgerichtsstand nach § 43 JN und § 38, Z. 1 des EG zum HGB begründet.

Die Behauptung des Geklagten, mit dem klägerischen Geschäftsreisenden bei Abschluss des Kaufgeschäftes die Vereinbarung getroffen zu haben, dass die Zahlung des Kaufpreises in Triest stattzufinden habe,

ist hier ohne Belang, weil, wenn auch der Kaufpreis, sei es gesetzlich in Folge Unterlassung der Vereinbarung des Zahlungsortes bei der Waarenbestellung, sei es vertragsmässig in Folge der vom Beklagten behaupteten Vereinbarung in Triest zu bezahlen gewesen wäre, der Geklagte durch unterlassene Beanständigung des in der mit den Waaren erhaltenen Factura vorkommenden oberwähnten Vermerkes sich mit der von der klägerischen Firma proponirten Zahlung des Kaufpreises in Wien stillschweigend einverstanden erklärt hätte und hiedurch nachträglich und vertragsmässig anstatt Triest Wien als Zahlungsort des Kaufpreises bestimmt worden wäre. Es war daher in Abänderung des erstrichterlichen U. die Einwendung des nicht gehörigen Gerichtsstandes zu verwerfen und dem HG die E. in der Hauptsache aufzutragen.

Ueber die Revisionsbeschwerde des Geklagten hat der OGH die E. II. J. mit Hinweis auf deren Entscheidungsgründe bestätigt.

2611.

Unzulässigkeit der Executionsführung aus dem condemnirenden Urtheile wider die Erblasserin gegen die nicht erbserklärten Kinder derselben.

E. v. 24. Februar 1892, Z. 2175. — (Sp. III ex 92, Seite 171.)

Der OGH entschied, es könne vermöge der deutlichen Vorschrift des § 547 ABG den Beschwerdeführerinnen als Erbinnen nach der geklagten B nicht aufgetragen werden, die Streitkosten I. und II. J. zu bezahlen, welche Zahlung mit der E. II. J. vom 21. April 1891, Z. 2591, nur der B auferlegt worden ist, wie auch die Kosten der Eidesablegung die nach diesem U. aufgelaufen waren, zudem sich diese beiden Recurrentinnen C und D zum Nachlasse weder erbserklärten, noch im Laufe des Rechtsstreites an die Stelle der Erblasserin eingetreten waren. Vermeinte die A, dass sie berechtigt ist, den Ersatz dieser Kosten von den Erben nach B aus dem Grunde zu begehren, weil die Erben der B die Appellation und Revision im eigenen Namen angemeldet haben, so obliegt es der A, diesen Anspruch mittelst besonderer Klage zur Geltung zu bringen und eine executionsfähige E. gegen die Erben selbst zu erwirken. Gegen die C war die Mobilarexecution umsoweniger zu bewilligen, weil in dem Executionsgesuche selbst bemerkt ist, dass C erst inzwischen majorenn wurde, obgleich ein Beweis darüber nicht beigebracht wurde, in der Todesfallsaufnahme dieselbe erst 23 Jahre alt bezeichnet und weil bei diesem Sachverhalt die Execution gegen den väterlichen Curator zu überreichen war (§ 64 AGO). Die Bewilligung der Execution wider D als Erbin ergibt aber nur einen Grund zur Beschwerde und keinesfalls einen solchen zur Nullität, welcher daher keine Folge gegeben wurde. Die anderen Personen, wider welche mit dem angefochtenen B. gleicherweise die Exe-

cution bewilligt wurde, haben keinen Recurs überreicht und war daher wider dieselben der B. unberührt zu lassen. Aus der Eingabe der A vom 2. December 1891, Z. 22965, ist zwar zu vermuthen, dass die exequirten Kosten seit dieser Zeit vollständig bezahlt wurden. Dieser Umstand kann aber von amtswegen bei E. dieser Beschwerde nicht berücksichtigt werden und kann auch nicht zur Abänderung des B. vom 28. October 1891, Z. 20611, bezüglich jener Theilnehmer, welche sich gegen diesen B. nicht beschwert haben, führen und muss ihnen blos vorbehalten werden, dass sie ihre Rechte, die ihnen aus der Thatsache, dass sie die exequirte Forderung möglicherweise bereits bezahlt haben, erwuchsen, selbst zur Geltung bringen.

2612.

Zur E. einer Rechtsangelegenheit wegen Ungiltigkeit einer nach österreichischem Rechte zu beurtheilenden Ehe gegen den im Auslande wohnenden Oesterreicher ist jener Gerichtshof I. J. als zuständig anzusehen, in dessen Sprengel der geklagte Ehetheil seinen letzten ordentlichen Wohnsitz im Inlande gehabt hat.

E. v. 24. Februar 1892, Z. 2224. — (GX 24 ex 92, Seite 190.)
I. LG Innsbruck.
II. OLG Innsbruck.

Der in der Rechtssache der A in St. Gallen wider B in Zug in der Schweiz wegen Ungiltigkeit ihrer Ehe geklagterseits erhobenen Einwendung der Incompetenz wurde von der I. J. stattgegeben.

Gründe:

Nach § 14 JN sind der E. der Gerichtshöfe I. J. die Rechtsangelegenheiten vorbehalten, in denen es sich um die Ungiltigkeit einer Ehe handelt, und es ist in diesem Falle jener Gerichtshof zuständig, in dessen Sprengel die Ehegatten ihren letzten Wohnsitz hatten. Es lässt sich nicht verkennen, dass sich Fälle ergeben können, in welchen zweifelsohne ein österreichischer Gerichtshof zur E. über die Giltigkeit einer angefochtenen Ehe berufen ist, in denen aber die durch § 14 JN für die örtliche Competenz aufgestellte Regel nicht ausreicht, indem das Kriterium des gemeinschaftlichen Wohnsitzes fehlt. Wenn die Anwendbarkeit der Bestimmung des § 14 JN ausgeschlossen ist, dann muss auf die allgemeine Regel des § 13 JN zurückgegriffen werden, dass Klagen bei jenem Gerichte anzubringen sind, in dessen Sprengel der Geklagte zur Zeit der Anbringung der Klage seinen ordentlichen Wohnsitz hat. Auch in dem vorliegenden Falle kann die Competenz eines inländischen Gerichtshofes nach § 14 JN nicht bestimmt werden, da die Eheleute A und B nach ihrer am 24. August 1886 in X (Oesterreich) erfolgten Trauung ihren Wohnsitz in der Schweiz

— also im Auslande — genommen haben und daselbst immer verblieben sind. Wenn nun immerhin in dem Umstande, dass sowohl B als auch A Angehörige des österreichischen Staates sind, und dass die angefochtene Ehe im Inlande abgeschlossen wurde, Momente zu erblicken sind, welche dafür zu sprechen scheinen, dass diese Angelegenheit vor einem österreichischen Gerichtshofe zu entscheiden sei, so ist es doch nicht Sache dieses Landesgerichtes, zu untersuchen und auszusprechen, ob überhaupt einem österreichischen Gerichtshofe und, im bejahenden Falle, welchem die Gerichtsbarkeit in dieser Sache zustehe, sondern die Aufgabe des angerufenen Gerichtshofes besteht lediglich darin, zu prüfen und zu entscheiden, ob seine eigene Zuständigkeit in der anhängig gemachten Rechtssache begründet sei. Die Klägerin begründet ihre Ansicht damit, dass der Geklagte als ausserordentlicher Professor der Universität in Innsbruck seinen letzten Wohnsitz im Inlande in Innsbruck, daher auch daselbst seinen letzten Personalgerichtsstand hatte. Allein nach § 13 JN sind Klagen bei jenem Gerichte anzubringen, in dessen Sprengel der Beklagte zur Zeit der Anbringung derselben seinen ordentlichen Wohnsitz hatte. Wenn nun auch B bis zum Jahre 1882 in Innsbruck angestellt war und daselbst gewohnt hat, so hat die Klägerin selbst zugegeben, dass B im Jahre 1882 von Innsbruck weggezogen ist, demnach seinen Wohnsitz daselbst aufgegeben hat. Die Meinung der Klägerin, dass der letzte bekannte Wohnsitz im Inlande für die Zuständigkeitsfrage maassgebend sei und so lange als bestehend angenommen werde, so lange nicht von gegnerischer Seite der Erwerb eines späteren Wohnsitzes in Oesterreich durch B nachgewiesen werde, ist nicht gerechtfertigt. Die Competenz des angerufenen Landesgerichtes ist daher nicht begründet und die Klage musste zurückgewiesen werden.

Die II. J. hat über Recurs der A die Einwendung des nicht gehörigen Gerichtsstandes verworfen.

Gründe:

Es ist allerdings richtig, dass die Streittheile ihren letzten gemeinschaftlichen Wohnsitz nicht im Sprengel des k. k. Landesgerichtes Innsbruck hatten, aber ebenso ist auch richtig, dass sie seit ihrer Verehelichung ihren Wohnsitz überhaupt niemals in Oesterreich hatten. Nach der Bestimmung des § 14 JN wäre daher weder das angerufene Landesgericht, noch überhaupt ein anderes österreichisches Gericht competent. Dagegen aber steht fest, dass der Geklagte österreichischer Staatsbürger, dass die Klägerin durch ihre Verehelichung mit dem Geklagten ebenfalls österreichische Staatsbürgerin geworden ist, und dass, nachdem die Ehe in X in Vorarlberg geschlossen wurde, gemäss § 36 respective § 4 ABG die Giltigkeit dieser Ehe nach den österreichischen Gesetzen zu beurtheilen kommt. Wenn nun von der Voraussetzung ausgegangen würde, dass die

Competenz in Ehestreitigkeiten sich lediglich nach der Bestimmung des § 14 JN zu richten habe, so könnte gegen die vorliegende Klage bei jedem österreichischen Gerichtshofe die Incompetenzeinwendung mit Erfolg erhoben werden. Das aber würde zur Folge haben einerseits, dass der österreichische Staat auf die ihm über seine eigenen Angehörigen zustehende Rechtshoheit verzichten, andererseits, dass er denselben den gebührenden Rechtsschutz verweigern würde. Nach den internationalen Rechtsgrundsätzen erscheint weder das Eine, noch das Andere zulässig, und besonders dann nicht, wenn das der richterlichen E. zu unterziehende Rechtsverhältniss, wie das gegenwärtige, seine Rechtsfolgen auch im Inlande zu äussern geeignet ist, und wenn auch bei bestehender formaler Reciprocität das eventuell angerufene ausländische Gericht die Sache nach seinem eigenen, nicht aber gemäss § 36 ABG nach österreichischem Rechte beurtheilen und entscheiden würde. Nachdem nun aber die derzeit in Kraft bestehenden Competenzbestimmungen in Betreff der Zuständigkeit der Gerichte in Ehestreitsachen eine Anordnung darüber nicht enthalten, welches Gericht in dem Falle competent sein soll, wenn die Ehegatten nach ihrer Verehelichung in Oesterreich nirgends einen Wohnsitz genommen haben, so muss nach Vorschrift des § 7 ABG die Frage aufgeworfen und erörtert werden, ob sich die Competenz des angerufenen Gerichtes nicht aus der Analogie oder eventuell aus natürlichen Rechtsgrundsätzen begründen lasse. Nun ist aber im österreichischen Gesetze thatsächlich der Fall vorgesehen, wo ein Ehegatte um die Auflösung der Ehe bei einem inländischen Gerichte einschreiten kann, wenn er auch mit dem anderen Ehegatten nie zusammengelebt hätte, wo also ebenfalls ein letzter gemeinschaftlicher Wohnort im Inlande nicht eruirbar ist oder nie bestanden hat. Es ist dieses der § 112 ABG, respective § 88 JN, gemäss welchem der zurückgebliebene Ehegatte gegen den abwesenden und verschollenen anderen Ehetheil bei dem Gerichtshofe des Bezirkes, wo er, der zurückgebliebene Ehetheil, seinen Wohnsitz hat, um die gerichtliche Todeserklärung des Abwesenden und um die Entscheidung, dass die Ehe getrennt sei, einschreiten kann. Die §§ 112 ABG und 88 JN enthalten keine Beschränkung oder Ausnahme für den Fall, als die bezüglichen Ehegatten nie einen gemeinschaftlichen Wohnsitz im Inlande gehabt haben sollten, sondern es ist in jedem Falle der Gerichthof des Wohnsitzes des einschreitenden Theiles für competent zu halten. Allerdings setzen diese gesetzlichen Bestimmungen voraus, das der ansuchende Ehegatte seinen Wohnsitz im Inlande habe, was bei der heutigen Klägerin nicht der Fall ist. Allein bei der staatsgrundgesetzlich gewährleisteten Freizügigkeit steht es Jedermann frei, zu was immer für Zwecken seinen Wohnsitz zu ändern und anderswohin zu verlegen. Es kann daher ein Ehegatte, der das Verfahren nach § 112 ABG gegen den anderen Ehetheil einleiten will, auch lediglich zu dem Zwecke, um ein bestimmtes Forum zu vermeiden und ein

anderes bestimmtes Forum zu gewinnen, seinen Wohnsitz ändern. Es liegt also unter der Voraussetzung der Wohnsitzänderung in seiner Wahl, welchem Forum er sich in dieser Angelegenheit unterwerfen wolle. Noch hat zwar bisher in der österreichischen Gesetzgebung das Institut der idealen Wohnsitzverlegung behufs Gewinnung eines Forums, wie es zum Theile in den modernen Gesetzgebungen anderer Staaten Aufnahme gefunden hat, ausdrücklich nicht Platz gewonnen, allein eben darin, dass einzelne Staaten (z. B. Italien) ein solches Rechtsinstitut in ihre neueste Gesetzgebung aufgenommen haben, liegt ein deutlicher Fingerzeig, dass es wenigstens unter gewissen Umständen eine Anforderung des natürlichen Rechtes sein muss, einen idealen Wohnsitz, eine Zuständigkeit nach der Wahl der Partei zu schaffen, wenigstens dann und insofern, als sonst das materielle Recht Schaden leiden müsste. Es wäre auch thatsächlich mit den natürlichen Rechtsgrundsätzen unvereinbar, wenn ein Ehegatte, der im Sinne des § 112 ABG vorzugehen gedenkt, aber durch Gesundheits-, Familien- oder Erwerbsrücksichten gezwungen ist, im Auslande zu leben, deswegen in Oesterreich kein Recht finden sollte, weil seine physische Persönlichkeit dort ihren Wohnsitz zu nehmen gehindert ist, und weil seine blosse Unterwerfung unter ein bestimmtes Forum ohne physische Anwesenheit als zur Begründung der Competenz eines inländischen Gerichtsstandes ungenügend erachtet wird. Was aber im Falle des § 112 ABG Rechtens ist, muss nach den Grundsätzen der Analogie auch im vorliegenden Falle Anwendung finden, zumal aus den Acten sich ergibt, dass die Klägerin bei ihren Eltern in St. Gallen Schutz und Unterkunft gefunden hat, und ihr doch füglich der österreichische Rechtsschutz deswegen nicht verweigert werden sollte, weil sie nicht in der Lage ist, ihren Wohnsitz in Oesterreich aufzuschlagen. Es muss vielmehr genügen, dass sie sich in der betreffenden Angelegenheit dem Landesgerichte Innsbruck als competentem Forum unterworfen und dessen E. angerufen hat, um so mehr, als es sich lediglich um eine locale Competenz handelt, und schliesslich alle österreichischen Gerichtshöfe in Ehestreitsachen formell und materiell an dieselben Rechtsnormen gebunden sind. Aus diesen Erwägungen musste die Incompetenzeinwendung in Abänderung des beschwerten Bescheides zurückgewiesen werden.

Der OGH hat die E. II. J. bestätigt in der Erwägung, dass die Giltigkeit der von einem österreichischen Staatsbürger im Inlande geschlossenen Ehe nach österreichischem Gesetze von österreichischen Gerichten zu prüfen und zu beurtheilen ist; dass die im Schlussabsatze des § 14 JN enthaltene Bestimmung ad a im gegebenen Falle nicht anwendbar erscheint, weil die Ehegatten einen gemeinschaftlichen Wohnsitz im Inlande niemals gehabt haben; dass beim Entfallen der Voraussetzungen einer Ausnahmsbestimmung die allgemeine Regel Anwendung zu finden hat, welcher zufolge für die der E. der Gerichtshöfe vorbehaltenen Rechts-

angelegenheiten jener Gerichtshof I. J. als zuständig anzusehen ist, in dessen Sprengel der Geklagte seinen letzten ordentlichen Wohnsitz im Inlande gehabt hat; dass der Geklagte seinerzeit der Berufung als ausserordentlicher Professor an die k. k. Universität in Innsbruck Folge geleistet und dadurch seine Absicht, daselbst seinen bleibenden Aufenthalt zu nehmen, in einer jeden Zweifel ausschliessenden Weise kundgegeben hat; dass ein Nachweiss darüber, es habe der Geklagte seither sich an einem anderen Orte im Inlande in gleicher Absicht niedergelassen, keineswegs erbracht worden ist; und dass demnach die Zuständigkeit des Landesgerichtes in Innsbruck zur Untersuchung der Giltigkeit der in Frage stehenden Ehe einem Zweifel nicht unterliegt.

2613.

Eine seitens der k. k. Finanzprocuratur in Vertretung des Caducitätsärars abgegebene Erbserklärung ist zu Gericht nicht anzunehmen.

E. v. 24. Februar 1892, Z. 2272. — (NZ 13 ex 92, Seite 93.)
I. st.-del. BG Margarethen.
II. OLG Prag.

Am 3. November 1884 ist in Wien die ledige Arbeiterin Maria W. ohne Hinterlassung einer letztwilligen Anordnung gestorben. Von ihren beiden unehelichen Kindern soll die Tochter Pauline im August 1884 in Ungarn, Näheres unbekannt, gestorben sein, während die Tochter Anna W. am 8. Mai 1891 in Wien der Mutter nachgestorben ist. Der Todfall nach Marie W. wurde mangels eines Vermögens armuthshalber abgethan. Anlässlich der Todesfallsaufnahme nach der Tochter Anna W. wurde constatirt, dass für deren Mutter Marie W. auf der Realität Nr. 7 in Buggans eine Forderung per 347 fl. aushafte und gegen die Eigenthümer der Pfandrealität, Ehegatten Johann und Marie T., zu Recht bestehe. Zugleich wurde constatirt, dass die Eltern der Forderungsberechtigten Marie W., die Ehegatten Mathias und Anna W., im Jahre 1860, beziehungsweise 1867, mit Hinterlassung zweier Kinder, nämlich der Gläubigerin Marie W. und deren noch lebenden Bruders Franz W., gestorben war.

Franz W. erklärte sich nun zum Nachlasse seiner Schwester Marie W. auf Grund des Gesetzes bedingt als Erbe, indem er ausführte, dass die Tochter der Erblasserin sich nicht erbserklärt habe, dieselbe als uneheliches Kind, respective deren Verlassenschaft von Niemandem repräsentirt werden könne, somit der Todfall nach dieser Tochter Anna W. armuthshalber abzuthun sei und nur die Abhandlung nach Marie W. mit dem erblichen Bruder Franz W. durchgeführt werden solle. Die I. J. hat nun diese vom erblichen Bruder Franz W. auf Grund des Gesetzes abgegebene bedingte Erbserklärung zwar zu Gericht angenommen, den Act aber gleichzeitig an die k. k. Finanzprocuratur als Repräsentantin der

Verlassenschaft der nachgestorbenen erblichen Tochter Anna W. wegen Abgabe ihrer Aeusserung geleitet. Hierüber hat nun die Finanzprocuratur erklärt, dass sie den Nachlass nach der am 8. Mai 1891 verstorbenen minderjährigen Anna W., bestehend in dem ihr zur Hälfte (!) angefallenen Nachlasse nach ihrer am 3. November 1884 verstorbenen aussereheIichen Mutter Marie W. mangels einer letztwilligen Anordnung, sowie beim Abhandensein gesetzlicher Erben als erblos für das k. k. Aerar in Anspruch nehme. Die von der Finanzprocuratur namens des Caducitätsärars als Rechtsnachfolgerin nach Anna W. zur Nachlasshälfte ihrer Mutter Marie W. abgegebene bedingte Erbserklärung wurde zu Gericht angenommen, bei dem Umstande jedoch, als zum Nachlassse der Marie W. auch seitens des erblichen Bruders Franz W. die bedingte Erbserklärung abgegeben und zu Gericht angenommen worden war, gemäss § 125 Abh. Pat. eine Tagfahrt für den 9. December 1891 unter Zuziehung des für die Verlassenschaft der (vor ihrer Mutter) verstorbenen Tochter Pauline W. bestellten Curators anberaumt. Dem Curator der Verlassenschaft der vorverstorbenen erblichen Tochter Pauline W. wird gleichzeitig aufgetragen, den Aufenthalt der Pauline W. zu erforschen, eventuell wegen Ausfertigung eines Edictes zur Einberufung der Erben nach Marie W. seine Anträge zu stellen.

Gegen diesen B. wurde durch den erblichen Bruder Franz W. sofort der Recurs eingebracht und darin ausgeführt: Die Tochter Pauline W. habe den Erbanfall nach ihrer Mutter Marie W. gar nicht erlebt, konnte also weder selbst etwas erben, noch konnte ein für dieselbe bestellter Curator ein Erbrecht derselben zu dem Nachlasse der nachgestorbenen unehelichen Schwester Anna W. geltend machen. Die Curatelsbestellung für Pauline W., beziehungsweise deren Verlassenschaft, sei also vollständig überflüssig. Anna W. sei zwar nach ihrer Mutter Marie W. gestorben, habe also den Erbanfall erlebt, die Erbschaft aber nicht angetreten; für die Verlassenschaft der Tochter Anna W. kann aber die Erbschaft nach deren Mutter Marie W. nicht angetreten werden, weil kein Erbe der Verlassenschaft nach Anna W. existirt, der jure repräsentationis der Anna W. eine Erbserklärung abgeben könnte. Die Finanzprocuratur habe nun jenen Nachlass in Anspruch zu nehmen, welcher vom Gerichte als erblos erklärt wurde, dieselbe noe. des Caducitätsärars könnte also auf den Nachlass der Anna W. dann Anspruch erheben, wenn Anna W. selbst oder durch einen berechtigten Repräsentanten — Vormund oder Erben — den Nachlass nach Marie W. in Anspruch genommen, sich zu diesem Nachlasse als Erbin erklärt hätte. Dies ist aber nicht erfolgt, Anna W. kann nach ihrer Mutter Marie W. nicht erben, habe auch früher kein eigenes Vermögen besessen, somit sei der Todfall nach Anna W. armuthshalber abzuthun. Der Finanzprocuratur noe. des Caducitätsärars stand eine Ingerenz in der Nachlasssache nach Marie W. nicht zu; dieselbe war

somit überhaupt vom Nachlasse der Marie W. nicht zu verständigen; am wenigsten war aber die von der Finanzprocuratur jure repräsentationis deren Tochter Anna W., respective deren Verlassenschaft, zum Nachlasse der Marie W. abgegebene Erbserklärung anzunehmen. Hat der Fiscus kein Erbrecht und kann für denselben eine Erbserklärung giltig nicht abgegeben werden, so existiren auch keine widersprechenden Erbserklärungen und auch nicht der Fall des § 125 Abh. Pat.

Dem Recurse des Franz W. gegen den B. der I. J. wurde von der II. J. Folge gegeben und der erstrichterliche B. dahin abgeändert, dass die von der noe. Finanzprocuratur in Vertretung des Caducitätsärars für die Verlassenschaft nach Anna W. zum Nachlasse ihrer Mutter Marie W. auf Grund des Gesetzes bedingt abgegebene Erbserklärung nicht angenommen und das betreffende Gesuch abgewiesen werde, in Folge dessen auch die wegen widerstreitender Erbserklärung gemäss § 125 Abh. Pat. erfolgte Anordnung einer Tagsatzung behoben werde; denn das im § 760 ABG dem Staate eingeräumte Heimfallsrecht stelle sich nicht als gesetzliches Erbrecht dar, dasselbe hat vielmehr eine E. des Erbhandlungsgerichtes, dass bezüglich eines bestimmten Nachlasses eine Erbsverhandlung nicht stattfinde und wegen Abganges von Erben derselbe caduc erklärt werde, zur Voraussetzung. Hieraus folgt, dass der Staat, welchem aus dem Heimfallsrechte ein Erbrecht nicht zusteht, auch nicht als Rechtsnachfolger ein nicht geltend gemachtes Erbrecht im Wege des Erbrechtes geltend machen könne, weil jede Erbserklärung nach § 799 ABG den Erbrechtstitel auszuweisen habe.

Ueber den von der Finanzprocuratur ergriffenen a. o. Revisionsrecurs hat der OGH erkannt: Dem Revisionsrecurse werde keine Folge gegeben, dies aus den Gründen der obergerichtlichen E. und in der weiteren Erwägung, dass das in den §§ 537 und 809 ABG normirte Recht nur den Erben eines nach dem Erblasser, jedoch vor Antretung und Uebernahme der Erbschaft verstorbenen Erben zusteht; dass dies im § 760 ABG normirte Heimfallsrecht des Fiscus kein gesetzliches Erbrecht ist; dass nach § 122 Abh. Pat. wohl jede in der vorgeschriebenen Form ausgestellte Erbserklärung vom Gerichte anzunehmen ist, dass aber nach § 121 Abh. Pat. der Erbe zur Antretung der Erbschaft eine mit den Erfordernissen der §§ 799 und 800 ABG versehene Erbserklärung beizubringen hat; dass nach § 122 Abh. Pat. gestattet ist, den Beweis des Erbrechtstitels nachträglich beizubringen, dass aber im vorliegenden Falle dem durch die Finanzprocuratur vertretenen Caducitätsärar augenscheinlich jeder Erbrechtstitel nach § 799 ABG (Testament, Vertrag oder Gesetz) mangelt.

2614.

Die Einsendung der Rechnung mit dem Ersuchen um möglichst baldige Begleichung begründet sofortige Fälligkeit der Forderung.

E. v. 25. Februar 1892, Z. 968. — (JB 34 ex 92, Seite 407.)

Der Baumeister Johann K. belangte den Papierfabrikanten Salomon G. auf Zahlung eines Lohnes im anerkannten Betrage von 61·15 fl. sammt 5 Percent Zinsen vom Tage der Klage bis zur Zahlung und Gerichtskostenersatz.

Die I. J. hat dem Klagebegehren gemäss den Geklagten zur Zahlung des eingeklagten Betrages sammt 5 Percent Zinsen vom 13. Juni 1891 als dem Klagstage und der auf 42·48 fl. gemässigten Gerichtskosten verurtheilt aus folgenden, auch den Sachverhalt einschliessenden

Gründen:

Aus den übereinstimmenden Ausführungen der Streittheile geht hervor, dass Geklagter den Kläger dazu aufgenommen habe, damit er demselben das Gewölbe in seiner Fabrik reparire und die Fabrik anstreiche, dass Kläger diese Arbeit mit seinen Leuten gemacht und dem Geklagten seine auf 62·75 fl. lautende Rechnung über diese Arbeit eingeschickt habe, dass Geklagter später einen Mahnbrief aus der Kanzlei des Advocaten Dr. P. erhalten habe, worauf sich sein Procuraführer Adolf G. am 13. Juni 1893 für ihn in die besagte Kanzlei begeben und sich dort mit dem Kläger nach Abschlag des Vorschusses per 1·60 fl. auf den Betrag von 61·15 fl., welchen der Belangte dem Kläger für die von ihm geleisteten Arbeiten zu zahlen hätte, geeinigt habe, und dass der Procuraführer Adolf G. sodann diesen Betrag per 61·15 fl. bezahlen wollte, dass jedoch der Kläger die Annahme des angebotenen Betrages aus dem Grunde verweigerte, weil der genannte Procuraführer die Kosten des Mahnbriefes des Rechtsfreundes des Klägers zu zahlen sich weigerte, worauf der Kläger am 13. Juni 1891 seine Klage auf Bezahlung des Betrages per 61·15 fl. überreicht habe. Ferner ist durch die Anführungen der Streittheile erwiesen, dass Belangter die eingeklagte Forderung per 61·15 fl. am 15. Juli 1891 zu Gericht erlegt hat. Im vorliegenden Rechtsstreite handelt es sich um die Lösung der Frage, ob durch die gerichtliche Hinterlegung der eingeklagten Forderung, deren rechtlicher Bestand feststeht, die Befreiung des Belangten von seiner Verbindlichkeit eingetreten ist. Diese Frage muss im verneinenden Sinne gelöst werden. Nach § 1425 ABG steht dem Schuldner bevor, wenn der Gläubiger mit dem Angebotenen unzufrieden ist, die abzutragende Sache bei dem Gerichte zu hinterlegen, und befreit diese Handlung, wenn sie rechtmässig geschehen und dem Gläubiger bekannt gemacht worden ist, den Schuldner von seiner Verbindlichkeit. Hat es demnach der Schuldner unterlassen, seine Schuld, deren Zahlung der Gläubiger nicht annehmen

wollte, in einem Falle, wo deren gerichtlicher Erlag gesetzlich gestattet ist, gerichtlich zu hinterlegen, so fällt ihm ein Saumsal zur Last, dessen Folgen er tragen muss. Im vorliegenden Falle hat nun erwiesenermaassen Kläger am 13. Juni 1891 die Annahme der angebotenen Zahlung der eingeklagten Forderung verweigert und wurde es daher dem Belangten zur Pflicht, um die Befreiung von seiner Verbindlichkeit in Betreff der eingeklagten Forderung zu bewirken, dieselbe ohne Verzug gerichtlich zu hinterlegen und dies dem Kläger bekannt zu geben. Da Geklagter seine Schuld in dem eingeklagten Betrage per 61·15 fl. am 15. Juli 1891, daher erst nach überreichter Klage zu Gericht erlegte, so befand er sich seit dem Klagstage mit der Zahlung in mora und war verpflichtet, um seine Befreiung von der Zahlung der fraglichen Forderung zu bewirken, nicht nur diese Forderung allein, sondern auch die Verzugszinsen und die Klagskosten, welche dadurch entstanden sind, dass er es unterlassen hat, seine Schuld vor der Ueberreichung der Klage zu Gericht zu erlegen und welche deshalb als Folgen des ihm zur Last fallenden Saumsals anzusehen sind, gerichtlich zu deponiren. Belangter hat jedoch blos die eingeklagte Forderung ohne Verzugszinsen und Klagekosten bei dem Gerichte hinterlegt, und kann deshalb, weil derselbe nicht zur Gänze seiner Verbindlichkeit nachgekommen ist, die gemachte gerichtliche Hinterlegung als rechtmässig geschehen nicht angesehen werden, weshalb dem Klagebegehren stattgegeben werden musste.

Ueber die Appellation des Geklagten hat die II. J. unter Abänderung des erstrichterlichen U. das Klagebegehren abgewiesen und den Kläger schuldig erkannt, dem Geklagten Salomon G. die auf 43·59 fl. festgesetzten Gerichtskosten I. J., sowie die Kosten der Appellationsanmeldung und Beschwerde im gemässigten Betrage von 14·95 fl. zu bezahlen aus folgenden

Gründen:

Die E. der vorliegenden Rechtssache hängt davon ab, ob sich im Augenblick der am 13. Juni 1891 überreichten Klage der Kläger mit der Annahme, oder aber der Geklagte mit der Erfüllung im Verzug befunden habe. Nach Lage der Acten war damals ein Verzug nur in der Person des Klägers und Gläubigers eingetreten. Denn der Kläger übersandte über die von ihm auf Bestellung des Geklagten durch seine Arbeitsleute geleisteten, nicht zum Abschlusse gediehenen Arbeiten und Aufwendungen dem letzteren die Rechnung Nr. 1 der Duplik mit dem rückseitigen Ersuchen um möglichst baldige Begleichung. Mit dieser am 10. Juni 1891 in die Hände des Geklagten gelangten Erklärung hatte der Kläger gewiss nicht, wie er in der Verhandlung glauben machen will, unverzügliche Zahlung des aufgerechneten Betrages von 62·75 fl. in Anspruch genommen, wozu er auch, ganz abgesehen von der Unfertigkeit der geleisteten Arbeit, nicht berechtigt gewesen wäre, da dem Empfänger einer derartigen Rech-

nung eine angemessene Zeit zur Prüfung gelassen werden muss. Im Gegentheil war darin die Zahlungszeit dem billigen Ermessen des Bestellers anheimgegeben, an dessen Stelle im Streitfalle nach Analogie des § 904 ABG die Bestimmung durch den Richter tritt. Die Ansicht, auf welche der Kläger seine Anführungen stützt, dass der Geklagte am 10. Juni 1891 zu zahlen hatte und, da er damals nicht zahlte, sich seither im Saumsal befand, erscheint daher gänzlich unrichtig. Selbst bei grösster Strenge gegen den Zahlungspflichtigen kann man das klägerische Begleitschreiben auf der Rechnung Nr. 1 vom 8. Juni 1891 nicht dahin auslegen, dass dem Adressaten darnach nicht einmal eine dreitägige Frist gelassen werden wollte, wie dem Schuldner selbst im strengsten gerichtlichen Verfahren zur Erfüllung eines Zahlungsauftrages gewahrt bleibt. Nun hat allerdings der Kläger den Geklagten aus nicht aufgeklärter Ursache am 12. Juni 1891 mit dem in der Kanzlei des Dr. P. verfassten Briefe B, der Replik gleichen Datums, sozusagen überfallen, worin er dem Geklagten ansinnt, den Betrag von 62·75 fl. noch am selben Tage in der Kanzlei des Dr. P. zu erlegen, widrigens die Klage bei Gericht überreicht werden würde. Allein nach dem Schreiben Nr. 1 war die in dem Mahnschreiben B enthaltene Aufforderung gar nicht statthaft und sie hätte vom Geklagten ganz unberücksichtigt gelassen werden können. Uebrigens kam auch nach dem Schreiben B vom 12. Juni 1891 dem Geklagten gemäss § 1334 ABG noch der ganze nächstfolgende Tag zu statten. Am 13. Juni 1891 aber erfolgte die Verhandlung in der Kanzlei des Dr. P., bei welchem der vom Geklagten entsendete Adolf G. dem Kläger unter Darreichung einer Note zu 100 fl. den jetzt eingeklagten Betrag zu zahlen namens des Geklagten sich erbot, dessen Annahme der Kläger, wie in den erstrichterlichen Urtheilsgründen der Sachlage entsprechend angenommen wird, aus dem Grunde verweigerte, weil G. sich der Zumuthung widersetzte, die Kosten des Mahnbriefes B zu bezahlen. Dies muss nach der Darstellung in der Gegenschlussrede, welche der Kläger in seiner darauf noch erstatteten Schlussäusserung nicht bestritten hat, als richtig angesehen werden, wenngleich sich der Kläger in der Verhandlung bemühte, andere Gründe seiner Weigerung vorzuschieben, nämlich die Unzulänglichkeit des angebotenen Erlages, da er nach der Rechnung Nr. 1 62·75 fl. sammt 5 Percent Verzugszinsen vom 10. Juni 1891 zu fordern gehabt, ferner die Darreichung einer den Forderungsbetrag übersteigenden Note statt des abgezählten Baarbetrages, worauf angesichts des Umstandes, dass Kläger nur 61·15 fl. eingeklagt und Verzugszinsen nur vom Klagstage angesprochen hat, somit der Erörterung der Thatsachen, von denen seine Mehrforderung abhängt, aus dem Wege gegangen ist, dann angesichts des Umstandes, dass die dargereichte Note vom intervenirenden Concipienten des Dr. P. zum Verwechseln schon übernommen war, hier gar nicht sich eingelassen werden kann. Dass der Kläger auf den Ersatz der Kosten des Mahnbriefes B nicht

den geringsten Anspruch hatte, ist nach dem Vorangeschickten zweifellos. Daraus aber folgt, dass derselbe durch die grundlose Zurückweisung der angebotenen Zahlung sich in einen augenfälligen Verzug gesetzt hat, den er erst wieder durch eine spätere entgegenkommende Erklärung hätte gutmachen müssen, bevor er zur Klageführung schreiten konnte. Ein selbst im Verzuge befindlicher Gläubiger ist überhaupt nicht berechtigt, den gerichtlichen Schutz zur Einbringung seiner Forderung anzurufen, die widrigen Folgen der durch ihn selbst veranlassten Nichterfüllung fallen gemäss § 1419 ABG auf ihn; einem solchen gegenüber ist nach § 1425 ABG der Schuldner zum gerichtlichen Erlage des Schuldbetrages zwar berechtigt, nicht aber verpflichtet; er kann auch damit zuwarten, bis die dem Gläubiger zur Last liegende Versäumniss durch einen späteren entsprechenden Schritt desselben wieder behoben ist. So lange der Gläubiger im Verzuge bleibt, kann von einem Saumsal des Schuldners keine Rede sein. Nachdem nun sogar vorliegt, dass der Geklagte im Laufe des Rechtsstreites (am 15. Juli 1891) die eingeklagte Summe für den Kläger zu Gericht erlegte, dieser Erlag laut des B. vom 15. Juli 1891, Nr. 4721, angenommen und dem Kläger bekannt gegeben worden ist, erscheint der Geklagte durch diesen jedenfalls rechtmässigen Erlag von der eingeklagten Verpflichtung für immer befreit, weshalb in Abänderung des erstrichterlichen, vom Geklagten angefochtenen U. auf Abweisung des Klagebegehrens erkannt werden musste.

Ueber das Revisionsbegehren des Klägers hat der OGH die E. II. J. abzuändern und die der I. J. mit dem Beifügen wieder herzustellen befunden, dass der Geklagte die Appellationskosten selbst zu tragen hat und überdies schuldig ist, dem Kläger an Revisionskosten den Betrag von 14·20 fl. zu ersetzen.

Gründe:

Der Kläger als Baumeister hat die Herstellung mehrfacher Arbeiten an dem Fabriksgebäude des Geklagten übernommen, jedoch nur einen Theil dieser Arbeiten vollendet und die weiteren Arbeiten abgebrochen, ohne dass der Geklagte darauf bestanden hätte, dass der Kläger auch die weiteren von ihm übernommenen Arbeiten zu Ende führe. Bezüglich der fertiggestellten Arbeiten war der Kläger nach den §§ 1156 und 904 ABG berechtigt, sofort die Bezahlung des Lohnes zu fordern, nachdem eine anderweitige Vereinbarung in Betreff der Zahlungsmodalitäten nicht behauptet wurde. Von diesem Rechte hat der Kläger derart Gebrauch gemacht, dass er dem Geklagten über die fertiggestellten Arbeiten eine Rechnung, auf den Gesammtbetrag von 62·75 fl. lautend, mit dem Ersuchen eingeschickt hat, dieselbe möglichst bald zu begleichen, welche Rechnung dem Geklagten zugestandenermassen am 10. Juni 1891 zugekommen ist. Am 12. Juni 1891 erhielt der Geklagte aus der Kanzlei des klägerischen Vertreters Dr. P. einen Mahnbrief mit der Aufforderung, den

Betrag von 62·75 fl. noch an diesem Tage zu begleichen, widrigens er geklagt werden würde. Es lag daher nach § 1334 ABG dem Geklagten, wollte er sich keines Saumsals schuldig machen, ob, längstens am folgenden Tage, den 13. Juni 1891, sich mit dem Kläger abzufinden; dass eine solche Abfindung am 13. Juni 1891 erfolgt wäre, hat der Geklagte nicht dargethan, es geht vielmehr aus seinen eigenen Anführungen hervor, dass der von seinem Procuristen am 13. Juni 1891 in der Kanzlei des Dr. P. unternommene Versuch einer Abfindung daran scheiterte, dass der Kläger in die von dem Procuristen des Geklagten begehrte Abrechnung eines von dem Geklagten angeblich den Arbeitern des Klägers vorgestreckten Betrages von 1·60 fl. nur dann einzuwilligen erklärte, wenn ihm für den Mahnbrief der Betrag von 55 kr. ersetzt würde, dass aber der Procurist des Geklagten dies zu thun verweigerte. In Folge unterbliebener Abfindung war daher Kläger unzweifelhaft berechtigt, ohne an die Ausgleichspositionen gebunden zu sein, seine Forderung in der ursprünglichen Höhe sofort einzuklagen; dass er die Klage nicht erst am 14. Juni, sondern schon am 13. Juni nach dem Scheitern der Ausgleichsverhandlungen eingebracht hat, ist in dem vorliegenden Falle unentscheidend, weil der Geklagte auch am 14. Juni 1891 weder die Zahlung geleistet, noch den Betrag nach Zulass des § 1425 ABG zu Gerichtshanden erlegt hat, welcher Erlag erst nach der ersten Tagfahrt vom 9. Juli 1891 erfolgte, durch die Einbringung der Klage am 14. Juni 1891 sohin eine Aenderung der processualen Stellung des Geklagten zu dessen Gunsten nicht bewirkt worden wäre. War aber Kläger hiernach berechtigt, die Klage wegen der ursprünglich beanspruchten Forderung in der Höhe von 62·75 fl. einzubringen, so war er auch berechtigt, sein Klagebegehren auf einen geringeren Betrag einzuschränken und dasselbe, um allen Einwendungen im Vorhinein zu begegnen, auf den von dem Procuraführer des Belangten anerkannten Betrag von 61·15 fl. sammt den gesetzlichen Verzugszinsen hiervon seit dem Klagstage zu restringiren, ohne dass ihm nach dem Gesetze die Verpflichtung obgelegen gewesen wäre, den Geklagten vor der Einbringung der Klage davon zu verständigen, dass er sich die Sache anders überlegt habe und nunmehr mit dem Betrage von 61·15 fl. zufrieden sei. Jedenfalls ist der Geklagte durch die Zustellung der Klage in die Kenntniss gelangt, dass der Kläger sich mit dem Betrage von 61·15 fl. und den gesetzlichen Saumsalszinsen hiervon seit dem Klagstage, d. i. 13. Juni 1891, zufrieden stelle; gleichwohl hat es der Geklagte unterlassen, sofort nach Erhalt der Klage die anerkannt richtige Forderung von 61·15 fl. sammt obigen dem Kläger nach dem Gesetze gebührenden Verzugszinsen zu bezahlen und sich mit ihm wegen der Kosten der Klage auszugleichen. Er hat es sich daher nur selbst zuzuschreiben, wenn er nicht nur zur Zahlung des eingeklagten Betrages sammt Verzugszinsen vom Klagstage, sondern auch zum Ersatze der durch ihn selbst verursachten Processkosten verurtheilt

werden muss, zumal der erst am 15. Juli 1891 erfolgte Erlag des Betrages von 61·15 fl. den Geklagten von der Zahlungspflicht zu liberiren schon deshalb nicht vermag, weil in demselben die obigen, wenngleich unbedeutenden Verzugszinsen und die Klagskosten keine Deckung fanden, und demzufolge der Kläger auch nicht verpflichtet war, sich zur vollständigen Ebnung seines Forderungsanspruches mit dem Betrage von 61·15 fl. zu begnügen. Aus diesen Erwägungen war das oberlandesgerichtliche U. über das Revisionsbegehren des Klägers abzuändern und jenes des ersten Richters wieder herzustellen.

2615.

Die exceptio rei judicatae ist unzulässig, wenn die frühere Klage auf einer Verrechnung, die gegenwärtige aber auf einer Schuldanerkennung gegründet ist.

E. v. 25. Februar 1892, Z. 1903. — (GZ 20 ex 92, Seite 158.)

I. BG Pettau.
II. OLG Graz.

Die I. J. hat in der Rechtssache der Katharina M. und Genossen als Erben nach Stephan K., Kläger, gegen die Eheleute Michael und Gertrud Pr., Geklagte, pcto. Zahlung von 610 fl. für Darlehen und Zechen s. N. G. erkannt: Die Geklagten seien schuldig, an die Verlassmasse nach Stephan K. einen Theilbetrag von 381 fl., jedoch nur dann zu bezahlen, wenn die Kläger durch den dem Geklagten Michael Pr. irreferibel aufgetragenen Haupteid den Beweis darüber herstellen, dass Stephan K. mit dem Geklagten Michael Pr. die Rechnung bezüglich der den Geklagten gegebenen Darlehen und denselben verabreichten Speisen und Getränke am 23. December 1883 abschloss, dass Michael Pr. vom Tage der Verrechnung gegen Ende des Jahres 1893 den erwähnten Rest per 381 fl. dem Stephan K. schuldig gewesen und dass derselbe die Richtigkeit der Verrechnung sowie der schuldigen Forderung anerkannte. Diesen Eid hat Michael Pr. negativ abgelegt, weshalb die Kläger hinsichtlich jenes Theilbetrages per 381 fl. s. N. G. sachfällig geworden sind. Ueber die Strafanzeige der Kläger wurden nun gegen Michael Pr. die Vorerhebungen wegen des Verbrechens des Betruges nach §§ 197 und 199 lit. a St. G. eingeleitet und hat derselbe bei seiner Einvernehmung als Beschuldigter am 30. April 1891 zugestanden, dem Stephan K. an Darlehen und Zeche den Betrag von 350 fl. schuldig geblieben zu sein. Auf Grund dieser Erklärung überreichten nun die erwähnten Erben nach Stephan K. gegen Michael Pr. allein eine neue Klage auf Bezahlung des Betrages von 450 fl., welcher auf 350 fl. restringirt wurde.

Der vom Geklagten erhobenen Einwendung der entschiedenen Streitsache hat die I. J. stattgegeben.

Gründe:

Eine Vergleichung der heutigen Ausführungen der Kläger mit den Ausführungen in den vom Geklagten zum Processe gerufenen Acten in der Rechtssache der Kläger gegen Michael und Gertrud Pr. peto. 610 fl. zeigt, dass beide Ansprüche auf der ganz gleichen Grundlage beruhen, und dass nur der Unterschied besteht, dass die Kläger jetzt nur von Michael Pr. die Bezahluug eines kleineren Betrages fordern, während sie früher von Michael Pr. und dessen Ehegattin Gertrud Pr. als Solidarschuldnerin die Bezahlung von 610 fl. verlangten; denn in beiden Fällen wird angeführt, dass Michael Pr. dem Stephan K. an Darlehen und Zechen den eingeklagten Betrag schuldig geworden sei, dass daher das Darlehen und die Verabreichung von Borgzechen den Rechtsgrund der Klagsansprüche bilde. Es kann daher keinem Zweifel unterliegen, dass die nun gegen den Erstgeklagten Michael Pr. allein geltend gemachte Forderung von 450 fl. beziehungsweise 350 fl. nur einen Theil der von den Klägern gegen Michael und Gertrud Pr. geltend gemachten Forderung von 610 fl. s. A. bildet und dies um so weniger, als die Kläger auch in dem vorliegenden Processe das angebliche, aussergerichtliche Geständniss vor dem k. k. Notar Simon O. als Gerichtscommissärs über den aufrechten Bestand der Schuld per 450 fl. in's Feld führen, wie sie dies im Processe peto. 610 fl. gethan haben. Der Umstand, dass die Kläger im Processe peto. 610 fl. ihren Klagsanspruch auf die stattgehabte und von dem Geklagten angeblich anerkannte Rechnung aufbauten, während sie jetzt als Rechtsgrund das Schuldbekenntniss aufführen, kann die Gleichheit der Rechtssache ebenso wenig ausschliessen, wie der Umstand, dass im ersten Processe auch Gertrud Pr. mitbelangt wurde, denn die Anerkennung der Verrechnung, sowie das Schuldbekenntniss bilden nur Beweismomente und nicht den Rechtsgrund der Forderung, und es ist ein Trugschluss, wenn die Kläger behaupten, dass durch das vor dem Strafrichter und durch Dr. M abgelegte Bekenntniss der Schuld mit einem Betrage von 350 fl. die Forderung, die den Klägern bereits rechtskräftig aberkannt worden war, neuerlich existent geworden wäre, da die Kläger durch dieses Geständniss höchstens ein neues Beweismittel, keineswegs aber eine neue, auf einem anderen Rechtstittel beruhende Forderung erhielten. Der Umstand aber, dass im ersten Processe auch Gertrud Pr. als Solidarschuldnerin mitgeklagt wurde, kann das Rechtsverhältniss zwischen den heutigen Klägern und dem heutigen Geklagten nicht berühren. Dem Gesagten zufolge kann es daher keinem Zweifel unterliegen, dass die Kläger gegen den Geklagten dieselbe Forderung, jedoch nur in einem geringeren Betrage, einklagen, über die bereits rechtskräftig entschieden worden ist, dass daher die Einwendung der entschiedenen Streitsache vollkommen begründet ist. Es konnte sich daher nur noch um die Frage handeln, ob angesichts des im Protokolle vom 30. April 1891 vor dem

Untersuchungsrichter abgelegten Geständnisses, welchem die Kraft eines aussergerichtlichen Geständnisses zweifellos zuerkannt werden muss, und mit Bedachtnahme auf die Processökonomie trotzdem in eine Entscheidung der Hauptsache einzugehen sei, da durch einen allenfalls ob noviter reperta geführten Restitutionsprocess in Betreff der Beweisfrage kaum eine wesentlich andere Rechtslage geschaffen werden würde, als sie vorliegend geschaffen ist. Allein ganz abgesehen davon, dass sich das Gericht nicht für berechtigt hält, aus Opportunitätsgründen das auf Seiten des Geklagten stehende formelle Recht zu verletzen, erschiene die Lage des Geklagten durchaus nicht die gleiche, ob jetzt über die eingeklagte Forderung von 350 fl. mit Umgehung der exceptio rei judicatae geurtheilt, oder auf Grund einer gegen das Urtheil vom 9. September 1890, Z. 16.532, erwirkten Restitution wegen neu aufgefundener Behelfe, auf Grund der Processacten pcto. 610 fl. judicirt wird, da sich in Folge der vom Geklagten in diesem Processe erhobenen Einwendungen der theilweisen Zahlung die Berechnung der Klagssumme anders stellen kann.

Ueber Appellation der Kläger hat die II. J. die E. I. J. abgeändert und der Klage stattgegeben.

Gründe:

Es kann nicht bestritten werden und ist nach den Processausführungen unzweifelhaft, dass die vorliegend eingeklagte Forderung per 450 fl., beziehungsweise im restringirten Betrage per 350 fl. im Wesentlichen auf derselben Grundlage beruht, wie die mit der Klage de praes. 6. Juli 1889, Z. 11.737, gegen die Eheleute Michael und Gertrud Pr. eingeklagte Forderung per 610 fl.; in beiden Fällen sind es dieselben Darlehen und Zechen, welche Stephan K. dem Geklagten bei Lebzeiten verabreicht haben soll. Es ist auch richtig, dass die Aenderung in der Ziffer des nunmehr begehrten Betrages, und der Umstand, dass vorliegend nur Michael Pr. mit der Klage belangt wurde, nicht geeignet ist, die Identität der Forderung aus der ersten mit der gegenwärtigen Klage in Frage zu stellen, oder zu beheben. Ungeachtet dessen können die Voraussetzungen für die Grundhältigkeit der vom Geklagten erhobenen Einwendung der entschiedenen Rechtssache nicht als gegeben erachtet werden. Die frühere Klage war im Wesentlichen auf eine Verrechnung gegründet, die gegenwärtige Klage gründet sich aber im Wesentlichen auf die, seitens des Geklagten Michael Pr. nach dem Erfliessen der obangeführten Erkenntnisse abgegebene Schuldanerkennung im Betrage per 350 fl. Dieser Umstand ist als gerichtsordnungsmässig erwiesen zu erachten. Diese Erklärung trägt alle Erfordernisse eines aussergerichtlichen Geständnisses nach § 110 AGO an sich. Die im vorigen Processe seitens der Kläger behauptete Verrechnung kann nicht lediglich als ein Beweismittel aufgefasst werden, weil dieselbe ja selbst Gegenstand einer Beweisführung durch den Haupt-

eid im Vorprocesse gewesen ist, denn im Wesen der Verrechnung liegt nicht blos eine Anerkennung einer concreten Schuld, sondern auch die Gegenüberstellung der Forderung zu den Gegenforderungen und die Feststellung des sich ergebenden Resultates. Bei dieser Sachlage kann die Einwendung der entschiedenen Streitsache nicht als begründet erachtet werden, und kann es auch nicht im Geiste des Processgesetzes liegend befunden werden, dass das materielle Recht der Kläger angesichts des ausdrücklichen Geständnisses des Geklagten hintangesetzt werde, zumal den Klägern auch eine Remedur durch eine restitutio ob noviter reperta keine Aussicht auf Erfolg bietet, weil die neue Klage auf solche Beweismittel gegründet ist, welche zur Zeit der ersten Klagsanbringung noch gar nicht existent waren. In der Hauptsache musste daher das angefochtene Erkenntniss mit Stattgebung der Appellation der Kläger im Sinne des restringirten klägerischen Begehrens reformirt werden.

Ueber die Revision des Geklagten hat der OGH die E. II. J. aus deren der Sachlage und dem Gesetze entsprechenden Gründen bestätigt.

2616.

Das auf Trennung oder Ungiltigkeit einer Ehe lautende Urtheil hat auch den Ausspruch darüber zu enthalten, ob der eine oder der andere Ehegatte, ob jeder oder kein Theil daran Schuld trägt.

E. v. 1. März 1892, Z. 1988. — (JMV 734 ex 92, Seite 52.)

In der amtlichen Untersuchung über die Giltigkeit der von A mit B vor dem königlich preussischen Standesamte nach evangelischem Ritus geschlossenen Ehe hat das Landesgericht wegen des bestehenden Hindernisses des § 62 ABG diese Ehe für ungiltig erklärt und zugleich ausgesprochen, dass der Ehegattin B die schuldlose Unwissenheit dieses Ehehindernisses zugute kommt. Anlässlich der vom Vertheidiger des Ehebandes ergriffenen Appellationsbeschwerde hat das OLG unter Bestätigung des U. in der Hauptsache den letzterwähnten Ausspruch behoben, weil selber dem § 160 ABG widerspricht, da es sich um das Ehehinderniss des § 62 ib. handle.

Ueber die Revisionsbeschwerde des Vertheidigers des Ehebandes stellte der OGH auch in dieser Richtung das U. I. J. wieder her; dabei wurde von der Ansicht ausgegangen, dass über die Frage, ob der eine oder der andere Ehegatte, jeder oder kein Theil Schuld trage, wovon wichtige civilrechtliche Folgen abhängen, zugleich zu entscheiden sei, weil nur in diesem Processmaterial die genügende Grundlage für diesen Ausspruch gegeben ist, nach § 12 des Hofd. vom 23. August 1819, JGS Nr. 1595, im Falle einer gerichtlichen Scheidung immer auch über das Verschulden zu erkennen ist; der § 13 des erwähnten Hofd. die für das Verfahren in Scheidungsangelegenheiten geltenden Vorschriften auch für

jenes in Ehetrennungs- und Eheungiltigkeitssachen anwendbar erklärt, daher daraus, dass der das U. und die Rechtsmittel für die letzterwähnten Fälle besprechende § 18 dieses Hofd. nicht ausdrücklich enthält, dass auch darüber zu entscheiden ist, eine entgegengesetzte Folgerung nicht gezogen werden kann; und dass endlich auch die ganze Textirung der §§ 1265 und 102 ABG deutlich darauf hinweist, dass auch die Frage des Verschuldens einen Gegenstand des auf Ungiltigkeit der Ehe lautenden U. bildet.

Zugleich wurde die Eintragung des obenstehenden Satzes in das Spruchrepertorium beschlossen.

2617.

Auch ein Dritter kann statt des Schuldners sich der Rechtswohlthat des § 1425 ABG mit voller Wirkung bedienen.

E. v. 1. März 1892, Z. 2009. — (Sp. IV ex 92, Seite 248.)

In der Executionssache des A gegen B, C und D pcto. 200 Francs ist X, welcher im Einverständnisse mit D dem Advocaten Y, dem actenmässig ausgewiesenen Vertreter des A, die Zahlung des exequirten Betrages gegen dem angeboten hat, dass dem Zahler eine intabulationsfähige Urkunde ausgefertigt werde, nachdem der Vertreter des A sich zur Annahme des angebotenen Betrages bereit erklärt, jedoch die Ausfertigung der verlangten Cessionsurkunde verweigert und X demzufolge den angebotenen Betrag zu Gerichtshanden mit dem erlegt hatte, dass der erlegte Betrag dem A nur gegen gleichzeitige Ausfertigung einer intabulationsfähigen Cessionsurkunde auszufolgen wäre, um Bewilligung der einstweiligen Suspendirung aller weiteren Executionsacte eingeschritten, wobei er zugleich das weitere Begehren stellte, das Gericht wolle nach Einvernehmung des A erklären, dass es in Folge des gedachten Erlages von der weiteren Execution abzukommen habe.

Das Sistirungsbegehren wurde in I. J. zurückgewiesen, weil, abgesehen hievon, dass nicht feststeht, ob die behauptete, durch gerichtlichen Erlag der Summe von 288 fl. effectuirte Zahlung die Gesammtforderung des Executionsführers A sammt sämmtlichen Nebengebühren vollständig decke und die Prüfung dieses Umstandes dem Gläubiger überlassen werden muss, X die Ausfolgung des erlegten Betrages an A an eine Bedingung geknüpft hat und daher erst nach Erfüllung derselben seitens des A die behauptete Zahlung, kraft deren das Executionsrecht erloschen sein soll, als solche angesehen werden könnte und wurde daher über dieses Gesuch eine Tagfahrt zur Einvernahme beider Executionstheile angeordnet.

In II. J. wurde die Executionssistirung bewilligt in Erwägung, dass doch nach § 1422 ABG statt des Schuldners ein Dritter die Zahlung leisten kann, wo dann der Gläubiger die Zahlung annehmen und dem Zahler sein

Recht abtreten muss, in Erwägung, dass dieser Dritte auch zur Deposition nach § 1425 cit. berechtigt ist, sobald Jener weder die Zahlung annehmen, noch sein Recht dem Zahler abtreten will, in Erwägung, dass der Forderungsbetrag des A sammt Zinsen und Kosten für ihn zu Gericht erlegt wurde, wodurch die zwischen A und den Executen bestehende Obligation als erloschen angesehen werden kann, ebenso wie wenn die Zahlung an A erfolgt wäre und über dieses dem U. nachgefolgte Factum des Erlages des Schuldbetrages eine vollkommen beweisende Urkunde producirt wurde, somit die Voraussetzungen des § 2 Hofd. vom 22. Juni 1836, JGS Nr. 145, zur einstweiligen Suspendirung der weiteren Executionsacte zutreffen.

Ueber Revisionsrecurs, worin darauf hingewiesen wurde, dass die Forderung durch Erlag von 288 fl. nicht vollständig gedeckt und die von X producirte steuerämtliche Bestätigung über den bewirkten Erlag die Erlöschung des Executionsrechtes es zu beweisen nicht geeignet sei, weil es eben noch nicht feststehe, ob der Erlag rechtmässig erfolgte, hat der OGH die E. II. J. aus deren Gründen und in der weiteren Erwägung bestätigt, „dass der durch die Bestätigung des Hauptsteueramtes als gerichtlichen Depositenamtes, also durch eine öffentliche Urkunde erwiesene, von X im Einverständnisse mit dem Schuldner unter Behauptung der verweigerten Annahme und der Ausfertigung einer Cessionsurkunde seitens des Executionsführers erfolgte gerichtliche Erlag der einzubringenden Forderung per 200 fl. im Sinne des Hofd. vom 22. Juni 1836, JSG Nr. 145, einen ausreichenden Grund zur einstweiligen Suspendirung der weiteren Executionsacte abzugeben geeignet ist und über das Schlussbegehren des Gesuches erst nach der darüber eingeleiteten Einvernehmung des Recurrenten zu entscheiden sein wird.

2618.

Der Ausspruch über die Kosten einer wegen Bewilligung eines Beweises zum ewigen Gedächtnisse gepflogenen Incidenzverhandlung ist nach § 401 AGO zugleich mit der Entscheidung, ob die Beweisaufnahme zugelassen wird oder nicht, zu fällen.

E. v. 1. März 1892, Z. 2540. — (GZ 17 ex 92, Seite 132.)

I. BG Hietzing.
II. OLG Wien.

Ueber das Gesuch der A gegen B wegen Aufnahme eines Zeugenbeweises zum ewigen Gedächtnisse hat die I. J. nach gepflogener Einvernehmung beider Parteien den beantragten Beweis zugelassen und gleichzeitig ausgesprochen, dass die Frage über den Ersatz der Kosten der über das Beweisaufnahme-Ansuchen gepflogenen Verhandlung der Enderledigung über dieses Beweisaufnahmegesuch vorbehalten wird.

Das OLG hat dem gegen diesen letzteren Theil der E. eingebrachten Recurse der A Folge gegeben, den erstrichterlichen Bescheid im angefochtenen Punkte behoben und der I. J. aufgetragen, mit der E. über die Ansprüche der Beweiswerberin wegen Ersatzes der Gerichtskosten betreffs der wegen Bewilligung der Zeugenabhörung zum ewigen Gedächtnisse gepflogenen Incidenzverhandlung vorzugehen, weil die über das Gesuch der A gepflogene Verhandlung ein selbstständiger Incidenzstreit war, in welchem B dem Ansuchen der A opponirt hat und unterlegen ist; weil der erbetene Beweis zum ewigen Gedächtnisse zugelassen wurde und nach dem durch die Proc.-Nov., nicht aufgehobenen oder abgeänderten § 401 AGO auch im Nebenstreite über den Gerichtskostenersatz zu erkennen ist.

Der OGH hat über den Revisionsrecurs des B die oberlandesgerichtliche E. bestätigt; denn vom Momente an, wo die Gegenpartei durch ihre Opposition wider die angesuchte Beweisaufnahme die contradictorische Verhandlung veranlasst, tritt die Parteieneinvernehmung in das Stadium einer Incidenzstreitverhandlung und treten bezüglich des Kostenersatzes die Bestimmungen der §§ 24—26 der Proc-Nov. in Anwendung; es hat daher, sowie der Beweiswerber im Falle seines Unterliegens der Gegenseite, diese letztere im Falle ihres Unterliegens dem Beweiswerber die betreffenden Incidenzstreit-Verhandlungskosten zu vergüten, und es ist hierüber nach § 401 AGO sofort nach geschlossener Verhandlung zugleich mit der E., ob die Beweisaufnahme zugelassen wird oder nicht, der Ausspruch zu fällen, und kann dieser Ausspruch nicht bis zu jenem Zeitpunkte, wo die mit der Beweisaufnahme verbundenen Kosten dem Beweiswerber zum Ersatze an dessen Gegenpartei auferlegt werden, aufgeschoben werden.

2619.

Der Umstand, dass der Schuldner in einem Staate wohnt, in welchem die Urtheile österreichischer Gerichte nicht vollzogen werden, ist als eine den Erlass eines Verbotes begründende Gefahr des Gläubigers anzusehen.

E. v. 1. März 1892, Z. 2542. — (GH 31 ex 92, Seite 267.)

I. BG Wien, Innere Stadt II.
II. OLG Wien.

Ueber den ausgewiesenen depositenämtlichen Erlag einer Caution per 200 fl. in Werthpapieren hat die I. J. der Firma A gemäss §§ 283 und 285 AGO das angesuchte Verbot auf den von derselben für B in St. Remy in Frankreich bei der Speditionsfirma C in Wien erlegten Baarbetrag per 4800 Frcs., beziehungsweise auf die dem B wider die genannte Firma aus diesem Erlage zustehende Forderung per 4800 Frcs. oder mehr oder weniger früheren Rechten unbeschadet und nach Massgabe der der

Firma A wider B zustehenden Schadenersatzforderung per 1000 Frcs. bewilligt.

Dem Recurse des für B bestellten Curators hat die II. J. stattgegeben und das bezügliche Verbotsgesuch der Firma A abgewiesen, weil der im § 283 AGO geforderte Nachweis einer Gefahr des Gläubigers beim Schuldner wegen Abganges anderer Zahlungsmittel durch den Umstand, dass der Schuldner eine ausländische Firma ist, nicht als entbehrlich erscheint.

Ueber den Revisionsrecurs der Firma A hat der OGH die E. II. J. abzuändern und den erstrichterlichen B. wieder herzustellen befunden, weil die Firma A durch den Erlag von Wertheffecten in entsprechendem Werthe für den dem B durch das Verbot etwa zugehenden Schimpf und Schaden zureichende Sicherheit geleistet hat, weil mit Rücksicht auf den Wohnsitz des B und den Umstand, dass U. österreichischer Gerichte in Frankreich nicht vollzogen werden, diese Firma hinsichtlich des von ihr behaupteten Anspruches im Sinne des § 283 AGO wegen Abganges anderer hinlänglicher Zahlungsmittel in Gefahr steht und über die Frage, ob die genannte Firma in der Lage sein werde, über ihren diesfälligen Anspruch ein im Inlande exequirbares Erkenntniss zu erwirken, derzeit nicht abgesprochen werden kann.

2620.

Die Interventions-Kosten bei der Befundaufnahme nach Art. 348 HGB sind vorläufig von dem Befundwerber zu ersetzen.

E. v. 1. März 1892, Z. 2604. — (GH 21 ex 92, Seite 190.)

I. HG Wien.
II. OLG Wien.

Bei einer Befundaufnahme nach Art. 348 HGB begehrte der bei derselben erschienene Gegner des Befundwerbers die Bestimmung der Kosten seiner Intervention.

Dieses Begehren wurde von der I. J. abgewiesen, weil die Anwesenheit desselben bei der Tagsatzung nicht gesetzlich vorgeschrieben sei, folglich eine Vergütung dieser Kosten in diesem Stadium noch nicht einzutreten habe, für den Fall eines Rechtsstreites aber demselben sein Recht auf einen eventuellen Kostenersatz gewahrt bleibe.

Die II. J. hob diesen Bescheid auf und trug dem Befundwerber den Ersatz der Kosten an den Gegner auf, mit folgender Begründung: Da nach der Vorschrift des § 193 AGO die Kosten, welche durch die Aufnahme eines Beweises durch Sachverständige herbeigeführt werden, vorläufig von dem Beweisführer zu tragen sind, ohne dass dieser Paragraph unterscheidet, ob der Beweis durch ein U. oder eine gerichtliche Verordnung ver-

anlasst wurde, da ferner im vorliegenden Falle der Sachbefund nur durch das Einschreiten des Beweisführers A und in dessen Interesse veranlasst wurde und da es überdies derzeit noch ungewiss ist, ob es zu einem Rechtsstreite zwischen den Parteien, in welchem der Recurrent B den Ersatz der ihm verursachten Kosten ansprechen könnte, kommen werde, so kann das von dem letzteren gestellte Begehren um Bestimmung der erwachsenen Interventionskosten umsoweniger abgelehnt werden, als das Erscheinen desselben zur Beweisaufnahme zum Behufe der Wahrung seiner Rechte gerechtfertigt erscheint und es übrigens dem Beweisführer vorbehalten bleibt, die Refundirung des derzeit zu vergütenden Kostenbetrages seinerzeit im Hauptprocesse anzusprechen.

Der OGH bestätigte die E. II. J. weil die Befundaufnahme nach Art. 348 HGB als Grundlage der Geltendmachung der aus der Beschaffenheit der Waare sich ergebenden Ansprüche der Contrahenten die Natur einer Beweisführung zum ewigen Gedächtnisse im Sinne der Processordnung an sich trägt; weil demnach bezüglich der Kosten des diesfälligen Verfahrens die für das Verfahren in Streitsachen geltenden gesetzlichen Bestimmungen zur Anwendung zu kommen haben, weil nach der Natur der Sache der Gegner des Befundwerbers ein rechtliches Interesse hat, sich an der Befundnahme zu betheiligen, wie er denn auch im gegebenen Falle zu derselben zugezogen wurde und hieran auch die Möglichkeit, dass er seinerzeit um die Constatirung der Beschaffenheit der Waare ansuche, nichts ändert, und weil derzeit nicht feststeht, ob der Gegner des Befundwerbers in die Lage kommen werde, den Ersatz der bezüglichen Kosten in einem in Betreff dieser Waare zu führenden Rechtsstritte in Anspruch zu nehmen.

2621.

Das Vorhandensein des Ehebruches als Grund der verlangten Ehescheidung kann, ohne vorhergegangene Schuldigerklärung seitens des Strafrichters von dem zur Entscheidung des Scheidungsprocesses competenten Civilrichter constatirt werden (§ 109 ABG).

E. v. 1. März 1892, Z. 899. — (GZ 22 ex 92, Seite 174.)

I. LG Klagenfurt.
II. OLG Graz.

In der Rechtssache der A gegen ihren Gatten B wegen Scheidung von Tisch und Bett hat die I. J. das Obsiegen der Klägerin von der Herstellung des Beweises über die von ihr behaupteten, durch ihren Mann erlittenen schweren Misshandlungen abhängig gemacht, den von der Klägerin

weiter geltend gemachten Scheidungsgrund des begangenen Ehebruches aber als nicht zutreffend erkannt.

Gründe:

In Ansehung des Scheidungsgrundes des Ehebruches ist als erwiesen zu halten, dass der Geklagte mit seinen Mägden X und Y ehebrecherische Verhältnisse unterhalten hat. In denselben kann aber ein gesetzlicher Scheidungsgrund nicht erblickt werden. Der § 109 ABG erklärt nämlich den Ehebruch nur dann als einen Grund zur Aufhebung der Ehegemeinschaft, wenn der Geklagte wegen desselben „schuldig" erklärt worden ist. Dieses ist nun vorliegend nicht der Fall, da die Klägerin keinen der besagten Treubrüche zur Klage und strafgerichtlichen Verfolgung gebracht hat. Die Klägerin wendet ein, dass das Gesetz im § 109 ABG nicht die vorausgegangene Schuldigerklärung im strafrechtlichen Schuldspruch wegen Ehebruches verlange, sondern dass es zur Bewilligung der Ehescheidung genüge, wenn die Thatsache des Bruches ehelicher Treue auch erst im Zuge des Scheidungsverfahrens festgestellt und vom Civilrichter als erwiesen erklärt worden ist. Allein diese Einwendung erscheint mit Rücksicht auf den Wortlaut und die stylistische Fassung des § 109 ABG und im Hinblicke auf die im § 6 ebenda zum Ausdrucke gebrachte Interpretationsregel nicht begründet, da einerseits der Begriff „Schuldigerklärung" einen Ausspruch über die Schuld in sich schliesst, welche sich aber stets aus einem objectiven Thatmomente und dem subjectiven Willensmomente zusammensetzt, die Cognition über das Vorhandensein dieser beiden Momente aber schon vermöge der technisch-etymologischen Bedeutung „Schuld" stets nur durch den Strafrichter erfolgen kann, andererseits aber auch die syntaxische Verbindung der beiden im § 109 ABG neben einander gestellten Scheidungsgründe, Schuldigerklärung wegen Ehebruches oder wegen irgend eines Verbrechens zweifellos erkennen lässt, dass der Gesetzgeber die Erweisung des einen wie des anderen dieser beiden Scheidungsgründe unter denselben Gesichtspunkt gestellt hat, also nicht in dem einen Falle die Erweisung der Schuld durch den Strafrichter begehrt, in dem anderen Falle sich aber mit der Feststellung derselben durch den Civilrichter begnügen wolle. Aus dem Titel des Ehebruches kann also Klägerin wegen Mangels an gesetzlicher Voraussetzung des § 109 ABG die Ehescheidung nicht begehren.

Das OLG hat dem Klagebegehren unbedingt Folge gegeben.

Gründe:

Gemäss § 90 ABG haben die Ehegatten vor Allem die gleiche Verbindlichkeit zur ehelichen Treue. Der Ehegatte, welcher diese Verpflichtung verletzt, begeht einen Ehebruch (§ 135 ABG), er macht sich eines Ehebruches schuldig (§ 117 daselbst), er ist des Ehebruches für schuldig

zu erklären (§ 109 daselbst). Aber weder im ABG, demzufolge die Gerichtsbarkeit in Ehesachen den Civilgerichten zugewiesen ist, noch in dem das bezügliche Verfahren regelnden Hofd. vom 23. August 1819, JGS Nr. 1595, ist eine Bestimmung enthalten, aus welcher gefolgert werden könnte, dass die Untersuchung und E. der Frage, ob sich ein Ehetheil des Ehebruches schuldig gemacht habe, dem Civilrichter entzogen und einem anderen Gerichtsstande vorbehalten sei. Der Ehebruch ist allerdings auch strafgesetzlich verpönt, allein nur über Verlangen des verletzten Theiles (§§ 502 und 503 StG). In Bezug auf denselben kann daher die Anordnung des die Grenze der civilgerichtlichen Competenz regelnden Hofd. vom 6. März 1821, JGS Nr. 1743, nicht zur Anwendung kommen, weil dieses Gesetz nur Thatbestände im Auge hat, welche von Amtswegen strafrechtlich zu verfolgen sind. Die von der Klägerin behaupteten ehebrecherischen Verhältnisse ihres Mannes wurden von letzterem zugegeben. Derselbe muss also gemäss § 9 des Hofd. vom 23. August 1819, JGS Nr. 1595 und § 107 AGO allerdings für schuldig erklärt werden, dass er Ehebruch begangen habe und es ist daher für erwiesen zu halten, dass gegen ihn ein gewichtiger Scheidungsgrund im Sinne des § 109 ABG vorliege. Der Umstand, dass die Klägerin unterlassen hat, gegen den Belangten die Strafanzeige zu erstatten, ist völlig belanglos und kann hieraus mit Sicherheit nicht gefolgert werden, dass die Klägerin dem Belangten diese schweren Pflichtverletzungen verziehen und auf die Geltendmachung derselben als Scheidungsgrund verzichtet habe. Es erübrigt nur noch die Frage, ob nicht angenommen werden müsse, dass die Klägerin ihrem Manne die hervorgehobenen Pflichtverletzungen dadurch verziehen habe, dass sie die eheliche Gemeinschaft mit ihm bisher fortgesetzt habe. Auch diese Frage muss verneint werden, weil es nicht angeht, die Bestimmung des § 96 ABG in Bezug auf die Scheidung von Tisch und Bett analog anzuwenden und hiedurch die Annahme zu begründen, dass die Klägerin auf ihr Recht, die Scheidung zu begehren, stillschweigend verzichtet habe. Die fragliche Analogie ist schon deshalb ausgeschlossen, weil die Ungiltigerklärung der Ehe nur von dem schuldlosen Theile verlangt werden kann, diese Voraussetzung aber bei dem Begehren auf Scheidung der Ehe von Tisch und Bett nicht zutrifft, indem auch der an der Ehescheidung schuldtragende Theil die letztere zu begehren berechtigt ist.

Der OGH hat das U. II. J. aus den demselben beigegebenen gesetzlichen Gründen bestätigt.

2622.

Zur E. über Ersatzansprüche wegen Nichterfüllung der in einem pactum de contrahendo übernommenen Verbindlichkeiten ist das Vertragsforum competent.

E. v. 1. März 1892, Z. 2672. — (Praw. 29 ex 92, Seite 229.)
I. st.-del.BG Przemysl.
II. OLG Lemberg.

Im Stritte des A und Genossen wider B pcto. Rückstellung des doppelten Angeldes und Zahlung einer Conventionalstrafe per 200 fl. s. N. G. hat die I. J. der erhobenen Incompetenzeinwendung stattgegeben, dies aus folgenden, den Sachverhalt einschliessenden

Gründen:

Am 23. Februar 1890 haben A und Genossen mit dem in D wohnhaften B vereinbart, dass derselbe spätestens bis zum 25. Februar l. J. nach Przemysl kommen und ebenda den Kaufvertrag betreff seiner Mühle zu H. mit ihm abschliessen, anderenfalls jedoch eine Conventionalstrafe per 200 fl. den Klägern bezahlen werde; es haben ferner A und Genossen dem B zum Zeichen des Vertragsabschlusses ein Angeld per 53 fl. übergeben, und da B binnen der festgesetzten Zeit nicht nach Przemysl kam, belangten ihn A und Genossen bei der I. J. auf Rückstellung des doppelten Angeldes und Zahlung der Conventionalstrafe. B erhob die Einwendung der Incompetenz und begehrt die Verweisung der Streitsache vor die Personalinstanz seines Wohnortes D. Dieser Einwendung war Folge zu geben, weil die obige Vereinbarung kein Vertrag im eigentlichen Sinne des Wortes, sondern nur ein pactum de contrahendo im Sinne des § 936 ABG ist und laut § 43 JN nur ein förmlicher Vertrag die Grundlage der Competenz eines anderen Gerichtes als der Personalinstanz des Belangten sein kann.

Ueber Recurs der Kläger hat die II. J. die Incompetenzeinwendung zurückgewiesen; denn B hat allerdings mit den Klägern nur einen Vertrag im Sinne des § 936 cit. abgeschlossen, welcher jedoch, wie jeder andere Vertrag, an und für sich bindend war, weil er die Kläger ermächtigte, vom Belangten dessen genaue Erfüllung zu begehren und unter Einem den B verpflichtete, die gemachte Zusage zu verwirklichen, ohne Rücksicht auf den Vertrag, welcher erst abzuschliessen war. Da nun die Realisirung dieser Zusicherung, d. i. der Abschluss des intendirten Kaufvertrages zu Przemysl erfolgen sollte, so waren die Kläger auf Grund des § 43 JN zur Einbringung der Klage nicht nur auf Zuhaltung des Vertrages, sondern auch auf Schadenersatz wegen Nichtzuhaltung bei der I. J. vollauf befugt.

Den Revisionsrecurs des B wies der OGH zurück; denn da die Kläger das Anerbieten des B, nach Przemysl zu kommen, und mit ihnen

ebenda den Kaufvertrag betreff seiner Mühle zu H. abzuschliessen, angenommen haben, so ist durch die übereinstimmende Willenserklärung der Paciscenten der Vertrag im Sinne des § 861 cit. schon zu Stande gekommen; die Kläger haben daher mit Fug und Recht die Klage bei der I. J. auf Grund des § 43 JN eingebracht, weil eben diese Vereinbarung in Przemysl zu erfüllen war und weil es sich in vorliegendem Falle nicht um ein pactum de contrahendo im Sinne des § 936 cit., sondern ausschliesslich darum handelt, dass — da B seiner Zusicherung nicht nachgekommen ist — die Kläger mit ihren Schadenersatzansprüchen vor dem competenten Vertragsforum aufgetreten sind, welches zur E. hierüber allerdings berufen ist.

2623.

Eine Pfändung erscheint erst durch die Aufnahme des Protocolles, worin die genaue Beschreibung der zu pfändenden Fahrnisse niedergelegt ist, rechtsgiltig vollzogen; zu einer Beitrittsvormerkung dagegen genügt die Ueberschau der bereits gepfändeten Effecten und die dem Executen gegenüber geschehene Anmeldung des Beitrittes.

E. v. 1. März 1892, Z. 2333. — (GH 17 ex 92, Seite 146.)

I. BG Reichenberg.
II. OLG Prag.

In der Executionssache des Eduard E. gegen Bruno Sp. wegen 1000 Gulden berichtete der mit dem Vollzug der dem Eduard E. bewilligten Pfändung, Schätzung, engen Sperre und Transferirung des dem Bruno Sp. gehörigen beweglichen Vermögens beauftragte Gerichtsdiener unter'm 6. November 1891, Z. 12447, dass diese Executionsacte nicht gänzlich vollzogen werden konnten, weil während der Executionsvornahme über das Vermögen des Bruno Sp. unterm 4. November 1891 der Concurs eröffnet wurde. Die weiteren hierüber gepflogenen Erhebungen ergaben, dass der mit dem Vollzuge beauftragte Amtsdiener am 3. November 1891 mit der Pfändung derart begann, dass er dieselbe als Beitritt zu der bereits früher vollzogenen Pfändung bezüglich der Posten 1 bis 777 dem Executen anmeldete und auch sofort noch zwei andere neue Posten 778 und 779 nachpfändete, die Schätzung dieser beiden letzten Posten aber sowie auch die Niederschreibung des Protocolles über diese Executionsacte erst am 4. November 1891 vornahm. Mit B. der I. J. wurde das bezügliche Pfändungsprotocoll zu Gericht angenommen und die Parteien hievon mit dem verständigt, dass die am 3. November 1891 erfolgte Beitrittsvormerkung zu den Posten 1 bis 777, sowie die an diesem Tage erfolgte Nachpfändung der Posten 778 und 779 rechtsgiltig, dagegen die am 4. November 1891 erfolgte Abschätzung der als Post 778 und 779 nach-

gepfändeten Gegenstände, weil am Tage der Concurseröffnung über das Vermögen des Bruno Sp. geschehen, nach § 2 CO rechtsunwirksam sei.

Dem Recurse des Massaverwalters im Concurse des Bruno Sp. hat die II. J. theilweise stattgegeben und den angefochtenen B., insofern mit demselben den Parteien eröffnet wurde, dass die dem Eduard E. wegen seiner Forderung von 1000 fl. bewilligte Mobilarexecution durch Nachpfändung der Posten 778 und 779 vollzogen und das aufgenommene Protocoll zu Gericht angenommen wurde, dahin abgeändert, dass das aufgenommene Pfändungsprotocoll, insoweit es diese Nachpfändung zum Gegenstande hat, zu Gericht nicht angenommen, dieser Pfändungsvollzug behoben und die Behebung dieses Executionsactes im Pfändungsprotocoll angemerkt werde, — dagegen den Recurs, insoweit derselbe dahin gerichtet ist, den angefochtenen B., insofern mit demselben die genannte Execution als am 3. November 1891 durch Beitrittsvormerkung auf die Posten 1 bis 777 vollzogen erklärt wurde, zu beheben und diese Execution als rechtsunwirksam zu erklären, abgewiesen; denn nach § 342 AGO soll der Gerichtsbedienstete, welcher die Pfändung vorzunehmen hat, sich mit dem Kläger oder dessen Gewaltträger zu dem Geklagten begeben, ihm eine Abschrift der verwilligten Pfändung zustellen und die zu pfändenden Güter genau beschreiben, wodurch der Kläger auf solche ein wirkliches Pfandrecht erlangt.

Es setzt sonach der Pfändungsvollzug zwei Momente, die Zustellung der Pfändungsbewilligung an den Executen und die genaue Beschreibung der zu pfändenden Fahrnisse, d. i. die Aufnahme eines Protocolles, in welchem diese Beschreibung niedergelegt ist, voraus, und es folgt aus der klaren Diction des § 342 AGO, dass das gerichtliche Pfandrecht erst dann erworben ist, wenn diese beiden Momente zur Existenz gelangt sind.

Vorliegend hat der beim Pfändungsvollzuge für den Exequenten intervenirende Franz F. bei seiner Einvernahme ausdrücklich und bestimmt angegeben, dass am 3. November 1891 ein Protocoll nicht aufgenommen wurde, sondern sich der Gerichtsdiener am 3. November 1891 blos den Vorgang notirt hat, und dass in das erst am 4. November 1891 aufgenommene Pfändungsprotocoll, in welchem die am 3. November 1891 vorgenommenen Amtshandlungen constatirt wurden, der Schätzwerth der unter den Posten 778 und 779 bezeichneten Fahrnisse eingesetzt worden ist.

Auch der Amtsdiener Emanuel H. hat laut desselben Protocolles zwar erklärt, dass er mit der Pfändung am 3. November 1891 derart begann, dass er die dem Eduard E. bewilligte Pfändung als Beitritt zu der schon bestehenden Pfändung dem Executen anmeldete und die Nachpfändung eines Omnibus und zweier Pferde vornahm; er gibt aber weiter an, dass er sich hierüber blos vorläufige Notizen gemacht hat und sagt am Schlusse seiner Einvernahme ausdrücklich, dass er das Protocoll erst am 4. November niedergeschrieben habe und von den Parteien fertigen liess.

Durch die obigen Erhebungen ist ausser Zweifel gestellt, dass am 3. November 1891 über die Pfändung der unter Post 778 und 779 gepfändeten Effecten ein Protocoll nicht aufgenommen worden ist und dass dieser Act erst am 4. November 1891 stattgefunden hat und es ergibt sich im Grunde der oben angeführten gesetzlichen Bestimmungen, dass diese Pfändung als erst am 4. November 1891 vollzogen angesehen werden muss. Nachdem aber am 4. November 1891 bereits der Concurs über das Vermögen des Bruno Sp. eröffnet wurde und gemäss § 11 CO eine schon früher bewilligte Pfändung gegen ihn nicht vorgenommen werden konnte, erscheint dieser Executionsact wirkungslos und war nicht zu Gericht anzunehmen, vielmehr als gegen das Gesetz geschehen zu beheben.

Anders verhält es sich jedoch mit der Beitrittsvormerkung zu der bereits bestehenden Pfändung vorgepfändeter Mobilien.

Wie die Erhebungen nachweisen, wurde der Pfändungsbescheid dem Exequenten am 3. November 1891 zugestellt und vom Gerichtsdiener bereits an diesem Tage untersucht, ob ausser den früher gepfändeten Effecten noch andere Pfandgegenstände vorhanden sind.

Da nun die Beschreibung der ersterwähnten Mobilien bereits im Pfändungsprotocolle vom 28. October 1891 enthalten ist, so war eine neuerliche Beschreibung derselben im Sinne des § 342 AGO nicht mehr nothwendig, vielmehr genügte ausser der Zustellung des Pfandbescheides die seitens des Gerichtsdieners vorgenommene Ueberschau der bereits gepfändeten Effecten und seine diesbezügliche Erhlärung gegenüber dem Executen, mit welcher er diesem den Beitritt anmeldete und ist es gleichgiltig, dass die Beitrittsvormerkung bezüglich dieser Mobilien erst am 4. November 1891 vorgenommen wurde.

Es war demnach dieser Beitritt bereits am 3. November 1891, also am Tage vor der Concurseröffnung, rechtsgiltig erwirkt, es wurde das hierüber aufgenommene Protocoll mit vollem Rechte zu Gericht angenommen und war der dagegen ergriffene Recurs abzuweisen.

Gegen diese E., insoweit sie die Beitrittsvormerkung als rechtsgiltig erklärte, ergriff der Massaverwalter den a. o. Revisionsrecurs, welchem jedoch seitens des OGH, bei Abgang der Voraussetzungen des Hofd. vom 15. Februar 1833, JGS Nr. 2593, keine Folge gegeben wurde, da die angefochtenen unterrichterlichen E. weder eine Nullität, noch eine offenbare Ungerechtigkeit enthalten.

2624.

Für Schwierigkeiten und Anstände, welche sich bei der Bauführung nach einem bestimmten Plane oder zu einer bestimmten Zeit ergeben, kann der Verkäufer der als Baugrund bezeichneten Grundparcelle nicht haftbar gemacht werden.

E. v. 2. März 1892, Z. 414. — (JB 17 ex 92, Seite 203.)

I. LG Wien.
II. OLG Wien.

Mit Kaufvertrag ddto. Wien 2. Juli 1888 und Nachtragserklärung ddto. Wien 23. Juli 1888 hat Jacob R. dem Maurermeister Michael S. die Parcelle Nr. 2271/2, inneliegend im Grundbuche des III. Bezirkes der Stadt Wien Einlagezahl 2555, als „Baugrund" verkauft. Nachdem aber dem Michael S. mit B. des Wiener Magistrates als Baubehörde vom 14. October 1889, Z. 340.049, über Einsprache des Vertreters der Finanzbezirks-Direction aus Rücksicht auf die Verzehrungssteuerliniengrenze der projectirte Bau eines drei Stock hohen Hauses auf dieser Parcelle nicht gestattet und mit B. der Finanzbezirks-Direction vom 30. Jänner 1890, Z. 2553, über sein Ansuchen um Bekanntgabe der zu treffenden Vorkehrungen wegen Erlangung der Zustimmung des Aerars zu dem fraglichen Hausbau ihm bedeutet wurde, dass an der Einsprache gegen denselben festgehalten werde und dermalen die Verlegung der Verzehrungsteuerliniengrenze von dieser Parcelle nicht in Erwägung gezogen werden könne, begehrte Michael S. wider Jacob R. mit Berufung auf § 932 ABG aus dem Grunde der Gewährleistuug die Aufhebung des obigen Kaufvertrages.

Die I. J. hat das Klagebegehren abgewiesen, und zwar aus folgenden

Gründen:

Aus dem Kaufvertrage Klagsbeilage A ddto. Wien 2. Juli 1888, dessen Echtheit vom Geklagten nicht in Zweifel gezogen wird, besonders aus dem § 3 dieses Vertrages geht es mit aller Bestimmtheit hervor, dass der vom Geklagten dem Kläger verkaufte Grund als „Baugrund" erkauft worden ist. Nach den §§ 922 und 923 ABG hätte Geklagter daher allerdings dem Kläger dafür zu haften, dass Letzterer anstandslos den erkauften Grund zum Verbauen verwenden kann, und erscheint daher an sich Kläger, da er durch den B. des Wiener Magistrates als Baubehörde vom 14. October 1889, Z. 340.049, sub E der Replik und den B. der Finanzbezirks-Direction vom 30. Jänner 1890, Z. 2553, sub P der Schlussschrift dargethan hat, dass ihm der politische Bauconsens zur Erbauung eines Hauses auf obig erkauftem Grunde nicht ertheilt wurde, vollkommen berechtigt, vom Geklagten Gewährleistung im Sinne des § 932 ABG zu verlangen. Auch das Begehren des Klägers auf Rescission des Kaufgeschäftes erschiene, wenn man das Rechtsverhältniss nach dem

Zeitpunkte der Klage beurtheilt, vollkommen in obig gedachtem § 932 ABG begründet, da ja der Mangel, den erkauften Baugrund verbauen zu dürfen, zur Zeit der Klage wenigstens nicht behoben werden konnte und den ordentlichen Gebrauch der Sache hinderte. Ob und inwieferne die durch das Ges. vom 10. Mai 1890, RGB Nr. 78, hinausgeschobene Grenze der Verzehrungssteuerlinie Wiens denn doch Einfluss auf die E. des vorliegenden Streites nimmt, da ja das Bauverbot bezüglich des hier in Rede stehenden Grundes nur mit Rücksicht auf den Umstand ausgesprochen wurde, dass das zu errichtende Gebäude in die Verzehrungssteuerlinie Wiens falle, ein Umstand, der durch die Hinausrückung der Steuergrenzlinie offenbar beseitigt ist, ob bei der nun geschaffenen Sachlage also diesbezüglich eine neuerliche E. der competenten politischen Behörde wegen Verbauung des hier in Rede stehenden Grundes noch eingeholt werden müsste, und ob und inwieferne alle diese obigen Verhältnisse, obgleich selbe erst nach der Klagseinbringung eingetreten sind, denn doch nicht auf die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreites von Einfluss sind und nicht wenigstens zu einer derzeitigen Abweisung der Klage führen, alles dies ist nicht in Erwägung zu ziehen, da ja Kläger selbst anführt, dass ihm der in Rede stehende Grund wegen einer darauf elocirten, von ihm nicht gezahlten Satzforderung executiv veräussert worden ist, der Kläger somit durch seine eigene Schuld (der Nichtzahlung der Satzpost) sich ausser Stand gesetzt hat, dem Geklagten den von ihm erkauften Grund zurückstellen zu können; denn nach § 877 ABG muss ja Derjenige, welcher die Aufhebung eines Vertrages verlangt, dagegen auch Alles zurückstellen, was er aus einem solchen Vertrage zu seinem Vortheile erhalten hat. Im gegebenen Falle hätte somit Kläger den erkauften Grund zurückzustellen; das kann Kläger nicht mehr, weil er sich durch Ausserachtlassung der Zahlung einer auf dem Grunde hypothecirten Forderung den Grund executiv veräussern liess, und dadurch allein schon hat Kläger auch das Recht verloren, die sogenannte Mangelklage (actio redhibitoria) anzustellen und musste daher schon aus diesem Grunde allein die Klage abgewiesen werden. Ob und welchen Schaden Kläger allerdings erlitten hat, dass der erkaufte Baugrund nicht sofort den Bauzweck erfüllte, gehört nicht in den Rahmen des vorliegenden Processes. Der Umstand, dass Geklagter es war, der bei der oberwähnten executiven Feilbietung den hier in Rede stehenden Grund erstanden hat, ist ohne Einfluss auf die vorliegende E.

Ueber Appellation des Klägers hat die II. J. in Abänderung des erstrichterlichen U. dem Klagebegehren stattgegeben.

Gründe:

Es hat bereits der erste Richter in ganz correcter Weise begründet, dass und warum der Geklagte im Sinne der §§ 922 und 923 ABG ver-

pflichtet ist, dem Kläger dafür Gewähr zu leisten, dass der Letztere die mit dem Vertrage A der Klage vom Geklagten käuflich erworbene Parcelle verbauen dürfe, wozu noch zu bemerken ist, dass den Geklagten von dieser Pflicht auch die übrigens erst in der Gegenschlussschrift erfolgte Berufung auf das Ges. vom 10. Mai 1890, RGB Nr. 78, nicht befreien kann, weil der Geklagte mit Hinblick auf das Schlussalinea des § 1 und auf § 6 dieses Gesetzes zugleich bewiesen haben müsste, dass der dem oberwähnten Grunde anhaftende, durch die Beilagen E und P erwiesene, vertragswidrige, die Gewährleistung des Geklagten begründende Mangel innerhalb der im § 933 ABG dem Kläger zur Geltendmachung seines Gewährleistungs-Anspruches eingeräumten dreijährigen Frist, über welche hinaus dem Kläger gewiss nicht zugemuthet werden kann, sich im vertragsmässigen Gebrauche der erkauften Sache behindert zu sehen, weggefallen sei, welchen Beweis der Geklagte nicht einmal versucht hat, weshalb der Kläger nunmehr mit vollem Rechte die gänzliche Aufhebuug des mit dem Geklagten bezüglich des in Rede stehenden Grundstückes geschlossenen Vertrages gemäss § 932 ABG zu fordern berechtigt erscheint. Wenn nun der erste Richter trotz der Erkenntniss von der dem Geklagten obliegenden Gewährleistungspflicht das nach dem oben Erwähnten in allen seinen Punkten vollkommen gerechtfertigte Klagebegehren blos aus dem Grunde abgewiesen hat, weil dem Kläger im Laufe des Processes das gedachte Grundstück executiv veräussert wurde, somit Kläger nicht mehr in der Lage sei, dasselbe dem Geklagten zurückzustellen, wozu er bei Stattgebung des Klagebegehrens gemäss § 877 ABG verpflichtet wäre, so erscheint diese Abweisung nicht gerechtfertigt, weil einerseits bei E. der vorliegenden Rechtssache mit Rücksicht auf den aus dem Vertrage A der Klage sich ergebenden Vertragswillen beider Streittheile nur die zur Zeit der Vertragsabschliessung und rücksichtlich zur Zeit der Klagsanbringung bestandenen Rechtsverhältnisse in's Auge zu fassen waren und andererseits vom Richter nicht zu untersuchen war, ob und wie weit sein Urtheilsspruch für den Kläger auch ausführbar sein werde, indem der fragliche Grund dem Kläger erst im Laufe des Processes executiv verkauft wurde und deshalb nicht gesagt werden kann, der Kläger habe das Recht verloren, die vorliegende Klage anzustrengen, da er ja zur Zeit der Klagsanbringung noch Eigenthümer des Grundes war, es auch nicht ausgeschlossen ist, dass er wieder Eigenthümer desselben werden könne, zumal mit Hinblick auf den vorliegenden Urtheilsspruch der Rechtsbestand des executiven Verkaufes dieses Grundes überhaupt noch in Frage steht. Es war daher in Abänderung des erstrichterlichen U. dem Klagebegehren vollinhaltlich stattzugeben.

Ueber Revision des Geklagten hat der OGH die E. I. J. wieder herzustellen befunden, dies aus nachstehenden

Gründen:

Aus dem B. des Wiener Magistrates sub E der Replik ergibt sich, dass die projectirte Bauführung auf der an der damaligen Grenze des Wiener Verzehrungssteuergebietes gelegenen Parcelle Nr. 2271/2 nicht im Allgemeinen für unstatthaft erklärt, sondern nur von einem vorherigen Uebereinkommen mit der Finanzbehörde wegen Verlegung der Verzehrungssteuerliniengrenze abhängig gemacht wurde; in dem Bescheide der Finanzbezirks-Direction sub P der Schlussschrift wurde nur für dermalen abgelehnt, die Verlegung dieser Grenze in Erwägung zu ziehen, was in den damals (Ende Jänner 1890) bereits im Zuge befindlichen Verhandlungen wegen Verlegung der Verzehrungssteuerlinie im Allgemeinen und Erweiterung des Gemeinde-, beziehungsweise Verzehrungssteuergebietes der Stadt Wien seinen Grund hatte. Diese Erweiterung ist denn auch wirklich zufolge Ges. vom 10. Mai 1890, RGB Nr. 78, zur vollendeten Thatsache geworden und dadurch die Verzehrungssteuergrenze von der Parcelle Nr. 2271/2 weit hinausgerückt worden. Aus diesen Allegaten ergibt sich demnach, dass diese Parcelle, auf welcher auch nicht etwa ein Bauverbot grundbücherlich ausgezeichnet erscheint, im Allgemeinen der Verbauung durchaus nicht entzogen ist oder war, daher allerdings als ein Baugrund angesehen werden muss. Für Schwierigkeiten und Anstände, welche sich bei der Bauführung nach einem bestimmten Plane oder zu einer bestimmten Zeit ergeben, kann jedoch der Verkäufer einer als Baugrund bezeichneten Grundparcelle (den Fall besonderer Verabredungen ausgenommen) nicht haftbar gemacht werden. Daran wird nichts geändert durch den Umstand, dass nach Angabe des Klägers dem Geklagten bekannt war, und zwar mit demselben ausdrücklich besprochen worden ist, dass der Kläger den Grund zu dem Zwecke kaufe, um darauf ein dreistöckiges Haus zu bauen. Die Haftung des Geklagten für die Eignung des Grundes zur Verbauung im Allgemeinen wurde dadurch nicht erweitert. Und selbst wenn der Kläger, wie er behauptet, dem Geklagten mündlich erklärt haben sollte, er wolle sofort bauen, und wenn sich hieraus trotz der Bestimmungen der §§ 887 und 901 ABG die Haftung des Geklagten für die Eignung zur allsogleichen Verbauung der Parcelle ableiten liesse, so würde dies nur zur Folge haben, dass der Geklagte dem Kläger für allfällige Hindernisse des sofortigen Beginnes der Bauführung schadenersatzpflichtig wäre, keineswegs könnte darum der Kläger, der nicht einmal die dreijährige Frist des § 933 ABG abgewartet hat, sofort die Aufhebung des Vertrages im Sinne des § 932 ABG begehren. Der Kläger ist Maurermeister in Wien, befasst sich gewerbsmässig mit Bauführungen, kauft Gründe, um sie zu verbauen, und hätte ihm als Fachmann bei gehöriger Aufmerksamkeit das Bedenken nicht entgehen können, ob sich nicht bei einer Bauführung mit Rücksicht auf die Lage des Grundes hart an der Grenze der Verzehrungssteuerlinie aus Rücksichten für die letztere Schwierigkeiten

ergeben werden. Hat er mit Ausserachtlassung der ihm obliegenden Sorgfalt und ohne weitere Erkundigung einzuziehen die Parcelle gekauft, so hat er die durch Verweigerung der Baubewilligung entstehenden Nachtheile selbst zu tragen. Für die Annahme, dass etwa dem Geklagten der Bestand von Hindernissen gegen die Bauführung bekannt gewesen und von ihm listiger Weise verschwiegen worden wäre, liegt nicht der mindeste Anhaltspunkt vor; demzufolge mangeln die Voraussetzungen der §§ 922 und 932 ABG zur Aufhebung des Vertrages aus dem Titel der Gewährleistung und muss in Stattgebung der vom Geklagten eingebrachten Revision das erstrichterliche U., mit welchem das Klagebegehren abgewiesen worden ist, wieder hergestellt werden. Die beiden Untergerichte sind wohl bei ihren E. von der entgegengesetzten Rechtsanschauung ausgegangen, und hat insbesondere der erste Richter unter Verwerfung der diesfälligen Einwendung des Geklagten das Klagebegehren aus einem anderen Grunde, nämlich wegen des im Zuge des Processes gegen den Kläger vollzogenen executiven Verkaufes der Parcelle Nr. 2271/2 und der hierdurch eingetretenen Unmöglichkeit der Rückstellung derselben an den Geklagten (§ 877 ABG) abgewiesen, welchen Abweisungsgrund jedoch das Obergericht für nicht zutreffend erachtete. Da dem Geklagten gegen die lediglich in den Entscheidungsgründen zum Ausdrucke gelangte Verwerfung seiner ersteren Einwendung kein Rechtsmittel zustand, indem das Erkenntniss selbst zu seinen Gunsten lautete, so kann keineswegs, wie der Kläger in der Revisionseinrede meint, die Beschwerde des Geklagten in diesem Punkte nach den Grundsätzen der a. o. Revision beurtheilt werden.

2625.

Unbestimmte Aeusserungen des Gläubigers über erfolgte Theilzahlungen der Hauptforderung sind nicht geeignet, den Supercondicenten in malam fidem zu versetzen.

E. v. 2. März 1892, Z. 1591. — (Práv. XI ex 92, Seite 382.)

I. st.-del. BG Pisek.
II. OLG Prag.

Der Klage der Hypothekseigenthümer Eheleute A wider B auf Anerkennung der im Betrage per 270 fl. erfolgten Theilzahlung der Hauptforderung per 400 fl. und Ausstellung der bezüglichen Löschungserklärung hat die I. J. bedingt stattgegeben, falls der Belangte den ihm aufgetragenen unrückschiebbaren Haupteid dahin, dass seines Wissens und Erinnerns Wolf C, Chef der Firma C & Co., am 8. März 1891, also zwei Tage vor Einreichung des Executionsgesuches des B, zu ihm, dem Belangten, sich nicht geäussert habe, es sei die Hauptforderung dieser Firma per 400 fl. theilweise schon bezahlt, nicht ablegt.

Gründe:

Nachdem ob der zu Gunsten der Firma C & Comp. pfandrechtlich haftenden Forderung per 400 fl. der Belangte als Gläubiger dieser Firma die Anmerkung des executiven Pfandrechtes zur Sicherstellung seiner verglichenen Forderung per 3000 fl. erwirkt hatte, haben die Kläger das obige Begehren angebracht, weil B schon zwei Tage vor der Einreichung seines Executionseinschreitens durch Wolf C, Chef der Firma C & Comp., davon verständigt worden war, es sei die Hauptforderung per 400 fl. zum Theile schon bezahlt, worüber sie den Wolf C und den Grundbuchsführer D als Zeugen führten. Da nun blos Wolf C die Klagsangaben zu bestätigen in der Lage war, mithin ein vollständiger Zeugenbeweis nicht hergestellt wurde, so war auf den sententionirten Haupteid zu erkennen, weil die E. des Streites ausschliesslich davon abhängt, ob der Belangte vor jener Einreichung über die theilweise Bezahlung jener Hauptforderung in Kenntniss war, und ob er daher bei Erwerbung des Pfandrechtes hinsichtlich der schon getilgten Theilquote der Hauptforderung in bona fide sich befand und in Folge dessen sich zu seinen Gunsten auf die Publicität des Grundbuches berufen kann.

Ueber Appellation der Kläger hat die II. J. die Klage unbedingt, jedoch nur dermal abgewiesen.

Gründe:

Das Ergebniss des abgeführten Zeugenbeweises ist keineswegs — wie die Kläger vermeinen — zu ihren Gunsten ausgefallen, so dass die mala fides der B in vollem Umfange dargethan worden wäre. Denn der Zeuge Wolf C hat nur bestätigt, dass er am 9. März 1891 im Grundbuchsamte dem B im Beisein des Grundbuchsführers D mittheilte, es sei die Hauptforderung per 400 fl. bereits zu einem erheblichen Theile im Betrage von 150, 200 und möglicher Weise selbst 250 fl. schon getilgt; der Zeuge hat auch zugestanden, dass er einen bestimmten Betrag dem B deshalb nicht mittheilen konnte, weil er seine Handlungsbücher nicht zur Hand hatte. Der Zeuge D hingegen hat blos angegeben, dass Wolf C und B im Grundbuchsamte erschienen seien, sich verschiedene Grundbücher, darunter auch jenes, worin die Hauptforderung per 400 fl. einverleibt war, öffnen liessen, über eine Stunde miteinander sprachen und dass insbesondere Wolf C im Verlaufe des Gespräches sich äusserte, es seien mehrere Forderungen schon zum Theile getilgt. Den entscheidenden Umstand jedoch, dass und in welchem Theilbetrage die Hauptforderung per 400 fl. bezahlt sei, hat Zeuge D nicht bestätigt. Allein selbst wenn jene Aeusserung des Wolf C zu B erwiesen vorläge, wäre dieselbe nicht genügend, um den B zu überzeugen, dass jene Forderung de facto und de jure erloschen sei, weil das blosse urkundlich nicht bescheinigte Geständniss des Gläubigers, von seinem Schuldner befriedigt worden zu sein,

an und für sich nicht genügt, um unbedingt für wahr gehalten zu werden und den B zu vermögen, von seinem Rechte auf Sicherstellung abzulassen. Es konnte daher auf den sententionirten Haupteid nicht abgegangen werden, theils wegen Irrelevanz jener Mittheilung, theils auch deshalb, weil selbst dann, wenn B denselben nicht abzulegen vermöchte, daraus nicht folgen würde, dass er anerkennen müsste, die Forderung per 400 fl. sei eben im Theilbetrage per 270 fl. erloschen, weil in der Eidesformel von diesem Theilbetrage keiner Erwähnung geschieht, und weil keine vollglaubwürdige Urkunde bezüglich der Tilgung oder sonstigen Erlöschung dieses Betrages vorhanden ist. Es muss also dafür gehalten werden, dass B bei Erwerbung seines Afterpfandrechtes nur in Ausübung seiner Befugniss vorging und wird es Sache der Kläger sein, gegen die eventuelle Realisirung des besagten Afterpfandrechtes seitens des Afterpfandwerbers in zulässiger Weise Schutz zu suchen.

Ueber Revision der Kläger hat der OGH die E. II. J. aus deren Gründen und in der Erwägung bestätigt, dass B lediglich die Anmerkung des executiven Pfandrechtes zur Sicherstellung seiner Forderung ob der für die Firma C & Comp. in der Höhe per 400 fl. haftenden Satzpost bewilligt erhielt und daher den Beweis der Erlöschung des Pfandrechtes bezüglich eines Theilbetrages per 270 fl. jener Satzpost auf Grund der blossen Mittheilung des Wolf C nicht als genügend ansehen musste, die Abweisung der Klage übrigens nur für dermalen erfolgte, um die Klägerin in der rechtlichen Möglichkeit, die Execution in geeignetem Wege zu sistiren, durch die exceptio rei judicatae nicht zu behindern.

2626.

Die Einwendung des nach der Acceptation unbefugt beigesetzten Domicilvormerkes ist an und für sich keine Einwendung aus dem Wechselrechte.

E. v. 2. März 1892, Z. 1876. — (JB 41 ex 92, Seite 492.)
I. LG Brünn.
II. OLG Brünn.

Die Bank A in B belangte auf Grund eines im Escomptewege von C erworbenen, mit dem Vormerke „zahlbar in B bei Herrn C“ (dem Wechselaussteller) versehenen Wechsels den Acceptanten B in H bei der I. J. auf Bezahlung von Kosten eines Protestes, dessen Levirung dadurch nothwendig geworden war, dass der Geklagte für die Deckung der Wechselsumme im Domicile, beziehungsweise beim Domiciliaten (der vor Wechselverfall cridatarisch geworden und gestorben war) nicht rechtzeitig Sorge getragen hatte.

Ueber diese Klage erfloss der Zahlungsauftrag vom 10. April 1891, Z. 6455, mit welchem der Geklagte zum Ersatze der Protest- und Gerichtskosten verurtheilt wurde. Gegen diesen Zahlungsauftrag erhob der

Geklagte rechtzeitig Einwendungen, in welchen er behauptete, dass der Klagewechsel zur Zeit als er sein Accept darauf setzte, in der Adresse wohl seinen (des Geklagten) Wohnort (der im Sinne des Art. 4, al. 8 WO als präsumtiver Zahlungsort zu betrachten sei), jedoch nicht den Vormerk „zahlbar in B bei Herrn C“ enthalten habe, von dessen — jedenfalls erst nach der Acceptation erfolgten — Beisetzung er auch bis zur Klagezustellung keine Kenntniss hatte; er habe die Wechselsumme bei Wechselverfall in seinem Domicile zur Zahlung bereit gehalten, und sie, nachdem sich ihm die Klägerin als Wechselinhaberin schriftlich notificirt hatte, derselben sofort eingesandt, zum Ersatze der Protestkosten sich jedoch nicht für verpflichtet gehalten, nachdem dieselben nur dadurch aufgelaufen seien, dass ihm der Klagewechsel, entgegen dem Inhalte der von ihm übernommenen Wechselverpflichtung, nicht in seinem Domicile zur Zahlung präsentirt worden sei. Auf diesen Sachverhalt gestützt, erhob der Belangte gleichzeitig die Einwendung der Incompetenz, nachdem Brünn nicht der (mit ihm vereinbarte) Zahlungsort des Wechsels sei und er in H in Böhmen wohne.

Nach durchgeführtem Verfahren, in welchem klägerischerseits lediglich die vom Geklagten behauptete nachträgliche Domicilbeisetzung bestritten war, wurde sowohl der Incompetenz als auch der Meritialeinwendung für den Fall stattgegeben, als der Geklagte den irreferiblen Haupteid über die von ihm behauptete, klägerischerseits jedoch widersprochene nachträgliche Domicilbeisetzung ablegen sollte.

Gründe:

Der Acceptant eines Wechsels haftet aus der Acceptation des Wechsels nur in der Art und in dem Umfange, wie sich seine Verbindlichkeit aus den ihm zur Zeit der Acceptation vorliegenden Wechselurkunden ergibt. Jede in der Folge ohne seine Einwilligung in seinem Zahlungsversprechen vorgenommene Aenderung, ohne Unterschied, ob sich dieselbe auf die Wechselsumme, die Verfallszeit, den — auch auf die Competenzfrage einflussnehmenden — Zahlungsort, den Domiciliaten etc. erstreckt, ist geeignet, dem Acceptanten fälschlich ein Versprechen zu unterschieben, welches er thatsächlich nicht geleistet, bildet somit eine Fälschung der Wechselerklärung desselben. Der Charakter einer Fälschung, welcher sohin der ohne Einwilligung des Acceptanten nach der Acceptation erfolgten Veränderung des Wechselzahlungsortes innewohnt, wird auch nicht durch die Bezugnahme auf die JMV vom 6. October 1853, RGB Nr. 200, beseitigt, da dieselbe zur Voraussetzung hat, dass dem Wechsel zur Zeit der Acceptation oder der Beisetzung einer anderen verbindlichen Erklärung ein wesentliches Erforderniss gemangelt habe.

Da aber bei dem Nichtvorhandensein eines Domicils nach Art. 4, al. 8 WO der bei dem Namen des Bezogenen angegebene Ort (im vor-

liegenden Falle H) als Zahlungsort des Wechsels zu gelten hat, so kann unmöglich behauptet werden, es habe zur Zeit der Acceptation das Erforderniss des Zahlungsortes gefehlt. Da sohin gezeigtermassen die vom Geklagten erhobene Einwendung gegen die Echtheit seiner Wechselerklärung gerichtet ist, so muss er mit dieser Einwendung, welche auch gleichzeitig die Incompetenz des angerufenen, vom Wohnorte des Geklagten verschiedenen Gerichtes begründet, gegenüber Jedermann (Art. 82 WO) durchdringen. Nachdem nun vorliegend gerade die entscheidende Thatsache der nach Acceptation erfolgten Domicilbeisetzung zwischen den Parteien strittig ist, und von der Klägerin gar nicht behauptet, geschweige denn unter Beweis gestellt wurde, dass eine solche nachträgliche Domicilbeisetzung zwischen Acceptanten und Aussteller vereinbart wurde, so musste auf den von der Klägerin dem Geklagten über das obige Factum aufgetragenen und von demselben auch angenommenen irreferiblen Haupteid erkannt werden, dessen Irreferibilität zudem dadurch gerechtfertigt erscheint, dass die Aehnlichkeit der Schrift des Domicilvormerkes und des übrigen Wechselinhaltes immerhin die Wahrscheinlichkeit der gleichzeitigen Entstehung ergibt.

Ueber die gegen dieses U. klägerischerseits ergriffene Appellation hat die II. J. unter Behebung der E. I. J. die Zahlungsauflage aufrecht erhalten.

Gründe:

Nach Art. 82 der WO kann sich der Wechselschuldner nur solcher Einreden bedienen, welche aus dem Wechselrechte selbst hervorgehen, oder welche ihm unmittelbar gegen den jedesmaligen Kläger zustehen. Unter Einwendungen, welche aus dem Wechselrechte selbst hervorgehen, können nur solche verstanden werden, welche aus der Wechselurkunde selbst hervorgehen, was sich aus der analogen Bestimmung des Art. 303 HGB rücksichtlich der daselbst bezeichneten indossablen kaufmännischen Papiere ergibt. Nach der nicht widersprochenen Angabe der Klägerin war der Klagewechsel zur Zeit, als er in ihren Besitz durch Giro überging, mit dem Vormerke: „Zahlbar in Brünn bei Herrn C“ schon versehen, die Klägerin, für welche der Inhalt des Wechsels allein massgebend war, konnte aus demselben den vom Geklagten behaupteten Umstand, dass die Beisetzung des Domicilvormerkes erst nach der Acceptationsunterschrift ohne sein Wissen und sein Einverständniss beigesetzt worden sei, nicht erkennen und es lag für dieselbe auch keine Veranlassung vor, diesfalls Nachforschungen zu pflegen, zumal die Schrift und Tinte bei dem Domicilvormerk und jene bei der Adresse keine Verschiedenheit wahrnehmen lassen. Es ist somit die Einwendung des Geklagten, dass der Domicilvormerk erst nach der Acceptationsunterschrift ohne Wissen und ohne Einverständniss des Acceptanten beigesetzt worden sei, keine solche Einwendung, welche aus dem Wechselrechte, beziehungsweise aus der

Wechselurkunde selbst hervorgeht. Sie steht aber auch dem Geklagten unmittelbar gegen die Klägerin nicht zu; denn die Klägerin hat den Klagewechsel durch Giro des Ausstellers im guten Glauben erworben, sie ist somit als dritter redlicher Inhaber des Wechsels anzusehen, gegen dieselbe findet nach der JMV vom 6. October 1853, RGB Nr. 200, die Einwendung, dass zur Zeit, als die Acceptation oder eine andere verbindliche Erklärung auf den Wechsel gesetzt wurde, die Unterschrift des Ausstellers oder eines der übrigen im Art. 4 der WO aufgezählten wesentlichen Erfordernisse eines Wechsels noch gemangelt habe und erst später ausgefüllt worden sei, nicht statt. Um so weniger kann derselben nach dem Schlusse a majori ad minus die Einwendung, dass der auf dem von ihr im guten Glauben erworbenen Wechsel befindliche Domicilvormerk erst nach der Acceptationsunterschrift ohne Wissen und Einverständniss des Acceptanten beigesetzt worden sei, mit Rechtswirkung entgegengesetzt werden. Da somit die Einwendung des Geklagten weder aus dem Wechselrechte, respective der Wechselurkunde selbst hervorgeht, noch dem Geklagten unmittelbar gegen die Klägerin zusteht, so war dieselbe und die aus ihr abgeleitete Incompetenz des angerufenen Gerichtes unbedingt zurückzuweisen.

Ueber die gegen diese E. vom Geklagten erhobene Revisionsbeschwerde hat der OGH die E. II. J. „aus deren im Wesentlichen richtigen, dem Gesetze nnd der Actenlage entsprechenden Begründung“ zu bestätigen befunden.

2627.

Die Aufhebung der cassatorischen Clausel setzt keineswegs die wörtliche Citirung derselben und des Datums des betreffenden Testamentes voraus.

E. v. 2. März 1892, Z. 1597. — (JB 2 ex 92, Seite 21.)

Am 2. Jänner 1890 ist Josef L. mit Hinterlassung zweier letztwilligen Verfügungen und zwar des Testamentes vom 1. September 1863 und jenes vom 7. Jänner 1888 gestorben. Im ersteren Testamente setzte derselbe nebst einigen Legatszuwendungen die Josefine S. und seine beiden aussereheliclien Kinder Josef und Otto S., im letzteren Testamente dagegen die minderjährigen Kinder seiner Adoptivtochter Rosa H., Namens Paula und Maria H., in Ansehung des nach Abrechnung des Pflichttheiles der Rosa H., der Legate und Gebühren erübrigenden Nachlassvermögens zu Erben ein. Die seitens der beiderseits eingesetzten Erben auf Grund der vorgedachten Testamente überreichten Erbserklärungen wurden verlassbehördlich angenommen und wurde bei dem Widerstreite derselben Josef H., als Vater und gesetzlicher Vertreter der aus dem Testamente vom 8. Jänner 1888 erklärten minderjährigen Erben Paula und Maria H.,

mit B. vom 9. Jänner 1891 Z. 102 zur Klageführung angewiesen. Derselbe begehrte nun gegen die aus dem Testamente vom 1. September 1863 erklärten Erben Josefine S., Josef S. und Otto S. beziehungsweise gegen die Erbschaftskäuferin Rosa H. die Ungiltigkeitserklärung des Testamentes vom 1. September 1863 und Aufrechthaltung des Testamentes vom 7. Jänner 1888.

Die I. J. hat dem Klagebegehren stattgegeben, und zwar aus nachstehenden

Gründen:

Es ist unbestritten, dass das Testament vom 1. September 1863 mit der cassatorischen Clausel, „dass jede spätere letztwillige Anordnung null und nichtig sein soll,“ versehen ist, und dass das Testament vom 7. Jänner 1888 im Eingange die wörtliche Bestimmung enthält: „Ich hebe alle meine bisherigen letztwilligen Verfügungen und namentlich jene, welche ich am 16. September 1880 unter Geschäftszahl 4871 vor dem Notar Dr. Julius N. in X. machen liess, auf, und es soll nur folgende Verfügung nach meinem Ableben Giltigkeit haben.“ Nachdem die Echtheit beider Testamente anerkannt wird, ist vorliegend nur der Streit zu lösen, ob durch die vorstehende Erklärung des Erblassers in dem Testamente vom 7. Jänner 1888 auch die mit der cassatorischen Clausel versehene letztwillige Verfügung vom 1. September 1863 als aufgehoben anzusehen sei, rücksichtlich die streitige Vorfrage zu entscheiden, ob zur Entkräftung eines mit der cassatorischen Clausel versehenen Testamentes nach dem Gesetze die ausdrückliche Aufhebung derselben in dem späteren Testamente erfordert wird, oder ob hierzu nur die in der späteren letztwilligen Anordnung ausgedrückte Aufhebung des mit obigem Beisatze versehenen Testamentes genügt. Nach § 713 ABG wird ein früheres Testament durch ein späteres giltiges nicht nur in Rücksicht der Erbseinsetzung, sondern auch der übrigen Anordnungen aufgehoben. Hiervon ist im § 716 ABG eine Ausnahme statuirt, wornach, falls der Erblasser den einem früheren Testamente angehängten Beisatz, dass jede spätere Anordnung überhaupt oder, wenn sie nicht mit einem bestimmten Merkmale bezeichnet ist, null und nichtig sein soll, nicht ausdrücklich aufhebt, nicht seine spätere, sondern die frühere Anordnung als giltig angenommen wird. Allerdings lässt der Wortlaut dieser Gesetzesstelle die Auslegung zu, dass zur Entkräftung der mit dem cassatorischen Beisatze versehenen letztwilligen Anordnung die ausdrückliche Aufhebung derselben in der späteren Anordnung gefordert wird; es muss jedoch diese Gesetzesstelle im Zusammenhange mit den für die testamentarische Erbfolge überhaupt geltenden gesetzlichen Bestimmungen beurtheilt werden, welche als oberstes Princip den Grundsatz feststellen, dass der Wille des Erblassers, insoweit er nichts Gesetzwidriges enthält, möglichst zu erfüllen sei (§§ 558, 710 und 817 ABG), dass ferner Worte in ihrer gewöhnlichen Bedeutung zu

nehmen sind (§ 655 ABG) und denselben jener Sinn beizulegen ist, welcher dem Willen des Erblassers am besten entspricht. Dem im Eingange des Testamentes vom 7. Jänner 1888 aufgenommenen Passus, dass der Erblasser alle seine bisherigen letztwilligen Verfügungen aufhebe, kann somit nach dem klaren, dem Willen des Erblassers offenbar am meisten entsprechenden Wortlaute kein anderer Sinn beigelegt werden, als dass der Erblasser auch das Testament vom 1. September 1863 in allen seinen Verfügungen einschliesslich der cassatorischen Clausel beseitigt wissen wollte, zumal derselbe im § 12 das Schriftstück ausdrücklich als seinen „letzten Willen" bezeichnet. Zur Giltigkeit der letztwilligen Anordnung vom 7. Jänner 1888 muss daher die ausdrückliche Aufhebung der früheren Testamente als genügend erachtet werden, wobei es keinen Unterschied macht, dass hierbei das Testament vom 1. September 1863 nicht mit Unterschrift und Datum bezeichnet wurde; denn die Beschränkung, welche sich der Erblasser in Ansehung der Wiederruflichkeit des Testamentes vom 1. September 1863 auferlegt hat, lautet ganz allgemein dahin, dass jede spätere letztwillige Anordnung null und nichtig sein soll, und hat derselbe nicht die Verfügung getroffen, dass bei allfälliger Errichtung einer späteren Anordnung die Clausel des früheren Testamentes nach ihrem Wortlaute oder das aufzuhebende frühere Testament nach Datum und Unterschrift citirt sein müsse. Hierbei kann nicht unerwähnt bleiben, dass die letztwillige Anordnung vom 1. September 1863 vorliegend auch ohne Errichtung des Testaments vom 7. Jänner 1888 gemäss § 778 ABG ausser Wirksamkeit getreten wäre, weil der Erblasser nach Errichtung des ersteren Testaments die Geklagte Rosa H. als Wahlkind angenommen hat, und ihr daher ein Notherbrecht zusteht. Die weitere Einwendung der Geklagten, dass das Testament vom 7. Jänner 1888 auch aus dem Grunde keine Giltigkeit habe, weil der Erblasser nach diesem Tage ein neues Testament errichtet haben soll, welches nicht vorgefunden werden konnte, nach § 722 ABG aber dessenungeachtet seine Wirkung nicht verliere, ist nicht begründet; denn nach § 722 ABG musste der Inhalt der in Verlust gerathenen Urkunde wie eine mündliche letztwillige Anordnung, somit gemäss § 586 ABG durch die übereinstimmende Aussage von drei beziehungsweise zwei Zeugen erwiesen werden, wogegen sich die Geklagte nur im Allgemeinen über den vermeintlichen Inhalt dieses Schriftstückes äussert, ohne die hiefür gesetzlich vorgeschriebenen Beweise angeboten zu haben. Es rechtfertigt sich demnach die Stattgebung des Klagebegehrens.

Ueber Appellation der Geklagten hat die II. J. diese E. bestätigt.

Gründe:

Streitig ist, welches von den beiden beiderseitig als echt anerkannten Testamenten des am 2. Jänner 1890 verstorbenen Josef L., welche in diesem Streite vorgeführt werden, den wahren letzten Willen des Erb-

lassers enthalte und zu Recht bestehe, nämlich das Testament vom 1. September 1863 oder das vom 7. Jänner 1888. Es ist unbestritten, dass Josef, Otto und Josefine S. ihre bedingte Erbserklärung zu diesem Nachlasse auf Grund des ersteren Testaments vom 1. September 1863 abgegeben haben, diese vom Abhandlungsgerichte angenommen wurde, und dass die Geklagte Rosa H. (Mutter der minderjährigen Kläger) laut Beilage E ad I durch Kauf diese Erbrechte erworben habe. Ebenso unbestritten ist, dass die beiden minderjährigen Kläger Paula und Marie H., vertreten durch ihren Vater Josef H., ihre bedingte Erbserklärung zu demselben Nachlasse auf Grund des zweitbezeichneten Testaments vom 7. Jänner 1888 abgegeben haben, diese ebenfalls bei Gericht angenommen und ihnen laut Beilage F die Klägerrolle zugewiesen wurde. Bemerkt wird, dass der volle Inhalt des ersteren Testaments in diesem Rechtsstreite nicht vorkommt, demnach eine verlässliche Beurtheilung desselben durch den Richter gar nicht möglich ist, und dass aus dem Eingange der Klagsanführungen, aus dem ersten Absatze des Allegates G ad I und den beiderseitigen Depositionen erhellt, dass der Erblasser ausserdem noch andere letztwillige Anordnungen, insbesondere ddto. 16. September 1880 vor dem Notar Dr. Julius N., und eine im Herbste 1888 errichtet habe, dass die letztbezeichnete nicht vorfindig ist, während in diesem Streite unerörtert blieb, ob die vorerwähnte vom 16. September 1880 vorliegt und welchen Inhaltes diese sei. Von dem Inhalte des von den Klägern bestrittenen Testaments ddto. 1. September 1863 ist, als beiderseitig unbestritten nur so viel bekannt, dass in demselben seiner (vorverstorbenen) Gattin 12.000 Gulden, der Geklagten 3000 fl. legirt seien und die drei genannten S. als Erben eingesetzt sind mit der derogatorischen Clausel: „dass jede spätere letztwillige Anordnung null und nichtig sein soll," dass endlich am Schlusse bemerkt sei: „Zum Beweise, dass dies mein wahrer letzter Wille sei, habe ich vorliegende letztwillige Anordnung geschrieben und unterfertigt." Der Inhalt des von der Geklagten bestrittenen Testaments ddto. 7. Jänner 1888 liegt in G ad I dem vollen Inhalte nach vor, und wird aus dem ersten Absatze desselben von den Klägern gefolgert, dass durch dieses Testament die derogatorische Clausel und damit überhaupt die letztwilligen Verfügungen in dem ersteren Testamente ddto. 1. September 1863 aufgehoben worden seien. Die Geklagte bestreitet, dass in dem letztbezeichneten Testamente der derogatorische Beisatz des ersten Testaments ausdrücklich aufgehoben worden sei, weil eine durch Worte erklärte Aufhebung der in dem früheren Testamente speciell getroffenen Verfügung und zwar in der gleichen Weise nicht vorliegt. Allein dieser Auslegung des § 716 ABG kann in so unbedingt einschränkender Weise nicht beigepflichtet werden, es muss vielmehr der in den §§ 558, 655, 710 und 817 ABG zum Ausdruck gelangte Grundsatz, dass einer Redewendung in einer letztwilligen Anordnung derjenige Sinn beigelegt werden soll, welcher dem Willen des

Erblassers am besten entspricht, und dass überhaupt letztwillige Anordnungen soweit als möglich zu erfüllen sind, vor Allem berücksichtigt werden. Es ist im § 716 ABG dem Erblasser — bei sonstiger Ungiltigkeit — keineswegs vorgeschrieben, mit welchen Worten er die Beschränkung, welche er sich durch Beisetzung der derogatorischen Clausel in einem früheren Testamente auferlegt hat, beseitigen, später die Aufhebung derselben und die Abänderung seines früheren letzten Willens zum Ausdruck bringen müsse, es ist in dem Gesetze keineswegs unbedingt gefordert, dass er die Aufhebung der cassatorischen Clausel und den Widerruf der früheren Anordnung nur durch Citirung derselben oder des Datums des betreffenden Testamentes bewirken könne; es kann daher dem Erblasser keine grössere Beschränkung auferlegt werden, als dass ein späteres Testament deutlich und unzweideutig seinen Willen klar dahingehend enthalte, dass er die von ihm in dem früheren Testamente erklärte Unabänderlichkeit seines letzten Willens widerrufe und demnach gemäss der Bestimmung des § 713 ABG der zuletzt erklärte Wille gelten soll. Diese Kundgebung des am 2. Jänner 1890 verstorbenen Josef L. ist aber ganz klar und unzweideutig aus dem Absatze 1 seines Testamentes vom 7. Jänner 1888 zu erschliessen, und daher das erstrichterliche, dem Klagebegehren gemäss condemnirende U., welches dessen Testament ddto. 1. September 1863 als aufgehoben, und hingegen dessen Testament ddto. 7. Jänner 1888 als zu Recht bestehend erklärt, zu bestätigen war. In diesem Absatze 1 des Testamentes in G ad I erklärt der Testator alle seine bisherigen letztwilligen Anordnungen ausdrücklich für aufgehoben, und „es soll nur folgende Verfügung nach meinem Ableben Giltigkeit haben". Diese Auslegung wird noch unterstützt durch die Erwägung, dass der Erblasser andere Anordnungen in Folge der seit dem ersten Testamente in jeder Richtung geänderten Verhältnisse, wie die Geklagte dies selbst zugibt, zu treffen Anlass hatte, dass insbesondere der Undank der Geklagten ihn zu den neuen Verfügungen bewogen haben mochte, ferner, dass er inzwischen Testamente, insbesondere das citirte vom 16. September 1880, errichtete und schon in diesem in noch prägnanteren Worten die derogatorische Clausel aufgehoben haben konnte, endlich dass er auf das letzte Testament ein besonderes Gewicht legte, indem er es bei Gericht deponirte.

Der a. o. Revisionsbeschwerde des Geklagten hat der OGH keine Folge zu geben befunden, weil mit Rücksicht auf die untergerichtlichen Entscheidungsgründe in den angefochtenen gleichförmigen U. ein Gebrechen, wie es im Sinne des Hofd. vom 15. Februar 1833, JGS Nr. 2593, zur Zulässigkeit eines a. o. Rechtszuges vorgesehen ist, nicht gefunden werden kann.

2628.

1. Verzugszinsen sind abgesondert vom Capital exequirbar.
2. Zinsen von Verzugszinsen können nicht angesprochen werden.

Theilw. Cassations-E. v. 8. März 1892, Z. 2024. — (Práv. XIII ex 92, Seite 445.)
I. st.-del. BG Alt- und Josefstadt Prag.
II. OLG Prag.

Der Klage des Curators des geistesgestörten A wider die Eheleute B als Eigenthümer der Realität X auf Zahlung der fünfjahrigen Zinsen im Gesammtbelaufe von 315 fl. von der zu Gunsten des A ob der Realität X sichergestellten Capitalsforderung per 1260 fl., dann der 5percentigen Verzugszinsen von der Klagssumme und den Gerichtskosten bei Vermeidung der Executionsführung auf die Realität X, gab die I. J. zur Gänze statt aus folgenden den Sachverhalt einschliessenden

Gründen:

Ob der den Belangten gehörigen Realität X ist für A die Forderung per 1600 fl. unverzinslich mit der Bestimmung sichergestellt, dass dieselbe erst nach dem Ableben der C fällig wird und für den Fall des Ablebens des A während seiner Minderjährigkeit sohin anderen Personen zufallen soll. Die C verstarb am 27. Juli 1885; A begehrte jedoch weder die Zahlung des Capitals, noch erwirkte er die Löschung der erwähnten Substitution. Mit dem Decrete vom 17. Juli 1890 wurde A wegen Geistesstörung unter Curatel gesetzt und der für ihn aufgestellte Curator reichte sohin die Klage sub präs. 7. März 1891 mit der Begründung ein, dass in Folge Ablebens der C die genannte Forderung am 27. Juli 1885 fällig geworden, von den Belangten jedoch bisher nicht bezahlt worden ist, dieselben mithin laut §§ 1333 und 1334 ABG gehalten sind, dieselbe mit den gesetzlichen 5 Percent zu verzinsen, welche Zinsen seit 1. November 1885 bis dahin 1890 sich auf 315 fl. belaufen, worunter die mehr als dreijährigen Zinsen deshalb nicht verjährt erscheinen, weil A geistesgestört ist und erst mittelst Decretes vom 17. Juli 1890 einen Curator erhielt (§ 1494 ABG). Diese Thatumstände werden von den Belangten eingestanden und sind auch durch die beigebrachten Urkunden dargethan, demgemäss aber auch ihre Verpflichtung zur Verzinsung der Forderung seit dem Todestage der C, und da die restlich erwachsenen Zinsen eine selbstständige Forderung bilden, so erscheint das Klagebegehren zur Gänze begründet; die Einwendungen der Belangten, dass diese Zinsen pfandrechtlich nicht sichergestellt, daher die Pfandeigenthümer zur Zahlung derselben bei Vermeidung der Execution auf die Hypothek im Hinblick auf die §§ 461 und 466 cit. nicht gehalten sind, und Zinsen von diesen Verzugszinsen nicht gebühren, sind ebenso unstichhältig, wie die Einwendung der Verjährung betreffs der mehr als dreijährigen Zinsenrück-

stände, weil die Verjährung nach § 1494 cit. gegen Geistesgestörte vor der Curatelsbestellung nicht anfangen kann und die im § 1480 angeführte Verjährung nicht eingetreten ist.

Ueber Appellation der Belangten bestätigte die II. J. die appellirte E. aus nachstehenden

Gründen:

Die Klagsforderung war am Todestage der C fällig und es lag den Belangten ob, falls sie den üblen Folgen der Nichtzahlung vorbeugen wollten, dieselbe laut § 1425 cit. zu Handen des Gläubigers bei Gericht zu erlegen. Da dies nicht geschah, so sind sie gemäss §§ 1333 und 1334 ABG im Verzug und müssen die Verzugszinsen, ferner soweit dieselben auch nach der Klage nicht entrichtet wurden, die Zinsen auch von diesen bezahlen, wie dies aus dem § 3 lit. b) des Ges. vom 14. Juni 1868, RGB Nr. 62, offenbar hervorgeht. Die Einwendungen gegen das Klagebegehren sind insgesammt unstichhältig. Die Auffassung, dass Zinsen ohne Capital nicht klagbar sind, widerstreitet dem Begriffe der Zinsen, welche die Nutzung des Capitals darstellen, vom Schuldner für den Gebrauch des Capitals prästirt werden und betreff deren es ganz gleichgiltig bleibt, ob sie der Schuldner aus freien Stücken, oder erst nach eingebrachter Klage zahlt. Dass die Klagsforderung mit einer Substitution behaftet ist, und dass mithin der Kläger nicht auf eigene Faust eine löschungsfähige Quittung ausstellen und die Belangten demzufolge auch nicht zahlen konnten, ist eine blosse Ausflucht, weil sie eben nach § 1425 cit. den gerichtlichen Erlag bewirken konnten. Ob die Klage eine Hypothekarklage ist oder nicht, hat keine wesentliche Bedeutung. Wesentlich ist vielmehr nur, ob der Schuldner wirklich schuldet; hat nun der Gläubiger die Wirkungen der Execution, wie hier, blos auf die Pfandsache eingeschränkt, so kann der Schuldner hieraus keine Folgerungen gegen die Existenz seiner Verpflichtung ableiten. Auch auf die Verjährung können sich die Belangten nicht mit Erfolg berufen. Sie haben in der Duplik selbst angeführt, dass die Bestellung eines Curators für A wegen Geistesstörung darauf hinweise, dass er noch nicht eigenberechtigt sei und stellten sich auf den Standpunkt, A habe in Folge seiner geistigen Gebrechen die Eigenberechtigung noch nicht erworben. Aus den Acten geht nicht hervor und haben auch die Geklagten nicht eingewendet, dass A in der Zeit vom 1. November 1885 bis 7. März 1888 einen gesetzlichen Vertreter hatte, weshalb gegen ihn die Verjährung laut § 1494 cit. gar nicht anfangen konnte.

Ueber a. o. Revision der Belangten hat der OGH die gleichlautenden E. der Unter-Instanzen bezüglich eines Theilbetrages per 166 fl. der Klagsforderung bestätigt — im Uebrigen jedoch abgeändert und die Klage bezüglich eines Theilbetrages per 148 fl. als den vom 1. November 1885 bis 6. März 1888 entfallenden Zinsen, sowie bezüglich der begehrten

5 Percent Verzugszinsen von der ganzen Klagssumme per 315 fl., beginnend vom Klagstage bis zum Zahlungstage, zurückgewiesen.

Gründe:

In der seitens beider Unterinstanzen erfolgten Verwerfung der Einwendung der Belangten, dass Verzugszinsen ohne gleichzeitige Einklagung des Capitals nicht eingefordert werden dürfen, und in der sohinigen Zuerkennung des Theilbetrages per 166 fl. an Verzugszinsen für die Zeit vom 7. März 1888 bis zum 1. November 1890 kann weder eine Nichtigkeit noch Ungerechtigkeit erblickt werden. Denn, obwohl die Verzugszinsen laut § 1333 cit. den Ersatz des vom Schuldner dem Gläubiger durch die Nichtzahlung des fälligen Capitals zugehenden Schadens darstellen, dessen Höhe durch die Ziffer dieser gesetzlichen Zinsen und die Dauer des Verzuges bestimmt wird, so erfordert weder die rechtliche Beschaffenheit dieses Anspruches, noch sein Connex mit dem Versäumnisse der Capitalzahlung, dass die Verzugszinsen lediglich als unabtrennbares Zugehör des Capitals selbst in Betracht kommen dürfen, und dass sie ohne gleichzeitige Einklagung der Hauptsache, kein selbstständiges Object der Klage bilden könnten, vielmehr könne im Gegentheile die Einklagung dieser Zinsen ein angemessenes Coërzitivmittel zur Erfüllung der Hauptverpflichtung an Seite des säumigen Schuldners sein. Dass betreff der für A versicherten Capitalsforderung seit dem Todestage der C ein Verzug eintrat, geht aus der Vergleichung des Todtenscheines C mit dem Einantwortungsdecrete G unwiderleglich hervor; denn durch die obberührte fideicommissarische Substitution wurde die Verpflichtung des Erben zur Zahlung des Legats am Todestage der C nicht aufgehoben und diese Verpflichtung begründete auch das gleiche Recht gegenüber den Belangten als bücherlichen Schuldnern, da das Pfandrecht den Verzugszinsen in derselben Art zusteht, wie dem Capitale selbst (§ 17 GBG) und behufs Durchsetzung dieses Rechtes die Verpflichtung der Belangten zur Zahlung dieser Verzugszinsen urtheilsmässig festgestellt werden muss.

Anders verhält es sich jedoch mit der Einwendung der Verjährung der für die Zeit vom 1. November 1885 bis zum 6. März 1888 eingeklagten Verzugszinsen und mit dem Anspruche auf die Verzugszinsen von den rückständigen Zinsen, welche auf 315 fl. veranschlagt wurden. Nach § 1480 cit. verjähren rückständige Zinsen binnen drei Jahren; falls also der Kläger zu seinen Gunsten geltend machen wollte, dass diese Rechtsfolge nicht eingetreten sei, so lag ihm ob, darzuthun, dass A in der Zeit vor drei Jahren vom Klagstage zurückgerechnet, wegen Geistesstörung seine Angelegenheiten selbst zu besorgen unfähig und in dieser Zeit ein gesetzlicher Vertreter für ihn nicht bestellt, mithin nach § 1494 cit. die Verjährung gehemmt war. Diesen Beweis hat aber Kläger nicht erbracht, weil aus dem Decrete dto. 17. Juli 1890 der Beginn der Geistes-

störung des A, welche eben die Eigenberechtigung desselben ausschliesst, nicht zu entnehmen ist, und aus der Einredebehauptung, „der Curator habe nicht erwiesen, dass A vor dem Ableben der C oder nach demselben die Eigenberechtigung verlangt habe, es gehe vielmehr aus der Bestellung eines Curators für ihn wegen Geistesstörung das Gegentheil hervor, dass nämlich A nicht eigenberechtigt sei“ — ein Eingeständniss der Belangten, dass A in der Zeit vom 1. November 1885 bis zum 6. März 1888 geisteskrank und ohne gesetzlichen Vertreter war, nicht abgeleitet werden kann. Es war daher die Klage im Punkte der für die Zeit vom 1. November 1885 bis zum 6. März 1888 im Theilbetrage per 148 fl. begehrten Verzugszinsen wegen eingetretener und auch eingewendeter Verjährung zu verwerfen, weil die Zuerkennung auch dieses Theilbetrages seitens beider Unterinstanzen aus dem Grunde, weil die Belangten angesichts des Decretes D nicht dargethan haben, dass A während dieser Zeit sein Vermögen entweder selbst oder durch einen gesetzlich bestellten Vertreter verwalten konnte, eine offenbare Ungerechtigkeit gegenüber den Belangten enthält, mithin das Hofd. vom 15. Februar 1833, JGS Nr. 2593, platzgreift.

Dasselbe gilt betreff des Klagebegehrens auf Zahlung der Verzugszinsen von diesen rückständigen Zinsen seit dem Klagstage im Belaufe per 315 fl. bis zum 1. November 1890; denn nach dem § 3 des Ges. vom 14. Juni 1868, RGB Nr. 62, können Zinsen von Zinsen nur in den zwei Fällen begehrt werden: a) wenn sie ausdrücklich bedungen wurden und b) wenn fällige Zinsen eingeklagt werden. Allein dieser § 3, lit. b) cit. auf den sich beide Untergerichte rücksichtlich der Zuerkennung dieser Zinsen von Zinsen berufen haben, kann hier nicht platzgreifen, weil nur Vertragszinsen als in einem bestimmten Zeitpunkte fällig angesehen werden können, keineswegs jedoch Verzugszinsen aus dem Gesetze, betreff deren ein Fälligkeitstermin vor der Klage nicht besteht.

2629.

Eine Richtigstellung des Sachverhaltes und demgemässe Richtigstellung des Begehrens ist im summarischen Verfahren in der Replik zulässig, zumal der Verhandlungsrichter nach § 25 Summarverfahrens von Amtswegen verpflichtet ist, für dieselbe Sorge zu tragen.

E. v. 8. März 1892, Z. 2586. — (GH 35 ex 92, Seite 297.)

I. LG Laibach.
II. OLG Graz.

Franz R. begehrte gegen Peter P. das Erkenntniss: „Geklagter sei schuldig, den von ihm im Jahre 1888 über die klägerische Wiesenparcelle Nr. 6/1 der Katastralgemeinde Schuckenthal gezogenen Graben bei Pönale zu verschütten oder dem Kläger 500 fl. zu bezahlen.“

Bei der über diese Klage stattgefundenen summarischen Verhandlung hat Kläger in der Replik das Petit dahin richtig gestellt, „dass Geklagter schuldig sei, den auf seiner (des Geklagten) Parcelle Nr. 44/2 der Katastralgemeinde Schuckenthal und zum Theile hart an der Grenze der klägerischen Wiesenparcelle Nr. 6/1 der Katastralgemeinde Schuckenthal errichteten Wassergraben bei Pönale zu verschütten u. s. w.“

Nach durchgeführtem Verfahren hat die I. J. das in der Klage gestellte Begehren abgewiesen und zwar mit der Begründung, dass die Angaben, dass Geklagter auf Parcelle Nr. 6/1 einen Graben gezogen hätte, sich als unwahr darstellen, dass aber die Richtigstellung des Begehrens nach §§ 21 und 49 AGO unzulässig sei.

Ueber Appellation des Klägers hat die II. J. die E. I. J. aufgehoben und das BG angewiesen, unter Zugrundelegung des in der Replik gestellten Begehrens in der Sache das weitere Amt zu handeln;

in Erwägung, dass der Kläger in der Replik das Klagebegehren richtiggestellt hat, somit nicht das in der Klage gestellte und durch die Berichtigung in der Replik zurückgezogene, sondern nur das in der Replik enthaltene berichtigte Klagebegehren Gegenstand der E. sein kann;

in der Erwägung, dass aber mit dem erstrichterlichen U. über das zurückgezogene, also nicht mehr als existent anzusehende Klagebegehren erkannt und dasselbe abgewiesen wurde, eine E. über das in der Replik berichtigte und nunmehr allein zur Grundlage zu nehmende Petit aber nicht erfolgt ist.

Dagegen brachte der Geklagte den Revisionsrecurs ein und machte in demselben geltend, dass Kläger in der Replik eine nach §§ 21 und 49 AGO unzulässige Klagsänderung vorgenommen hat, durch welche der Gegenstand, der ganze Inhalt der Klage, der historische Klagegrund, das rechtserzeugende Factum, der Entstehungsgrund und die ganze Grundlage der Klage, sowie das Klagebegehren geändert erscheint. Es ist auch nicht richtig, dass der erste Richter über das in der Replik gestellte Begehren nicht entschieden hat. Derselbe hat eben über das geänderte Begehren entschieden und dasselbe wegen unzulässiger Klagsänderung abgewiesen. Der Gegner konnte nur seine Klage zurückziehen, was er übrigens durch die Einbringung der Wiedereinsetzungsklage wegen schlechter Vertretung selbst anerkannt hat.

Der OGH hat unter Zurückweisung des Revisionsrecurses die angefochtene oberlandesgerichtliche Verordnung zu bestätigen befunden, weil der Kläger in seiner Replik lediglich, entsprechend dem wahren Sachverhalte, eine Aenderung seiner in der Klage gemachten Angaben über die Ortslage und Katastralbezeichnung des Grundes vorgenommen hat, auf welchem der Graben ausgehoben wurde, dessen Verschüttung mit der vorliegenden Klage begehrt wird, dass demnach von einer Klagsänderung im Sinne des § 21 AGO überhaupt nicht die Rede sein kann,

sondern nur eine Berichtigung des in der Klage irrthümlich vorgebrachten Sachverhaltes in Frage steht, für deren Veranlassung Sorge zu tragen der Verhandlungsrichter gemäss § 25 Summarverfahren von Amtswegen verpflichtet gewesen wäre, und weil es nicht richtig ist, dass das BG ohnedies über das in der Replik berichtigte Klagebegehren erkannt habe, wie dies aus dem Inhalte des erstrichterlichen Spruches und dessen Begründung klar zu entnehmen ist.

2630.

Die Zahlungsfrist für die Eidesantretungs- und Ablegungskosten beginnt von Zustellung des diese Kosten bestimmenden Decretes.

E. v. 8. März 1892, Z. 2690. — (JB 29 ex 92, Seite 349.)
I. BG Leopoldstadt.
II. OLG Wien.

Die Eidesantretungs- und Ablegungskosten des A, welche in I. J. mit 55·91 fl. bestimmt wurden, wurden mit der am 18. November 1891 zugestellten obergerichtlichen E. auf 31·28 fl. herabgesetzt und wurde demgemäss das am 17. October 1891 bezüglich dieser Kosten überreichte Executionsgesuch von der I. J. abgewiesen, in der Erwägung, dass von der Zustellung des Decretes ddto. 7. November 1891, Z. 46049, d. i. vom 18. November 1891 für den Gegner eine neuerliche Zahlungsfrist von 14 Tagen (§ 300 AGO) zu laufen hat und die damit intimirte obergerichtliche E. vom 3. November 1891, Z. 14072, am Tage der Einbringung dieses Gesuches auch noch nicht in Rechtskraft erwachsen war.

Dem dagegen ergriffenen Recurse hat das OLG stattgegeben, dies in der Erwägung, dass die Kosten der Antretung und Ablegung der sententionirten Eide nur ein Accessorium der Kosten des Rechtsstreites bilden, daher für deren Zahlung die im U. bestimmte Frist zu gelten hat und aus § 300 AGO nicht gefolgert werden kann, dass zur Berichtigung dieser Kosten dem Schuldner neuerlich die in vorcitirter Gesetzesstelle angeordnete Frist zu statten komme; ferner in der Erwägung, dass der zweite Abweisungsgrund, die obergerichtliche Recurserledigung sei am Tage der Einbringung des Executionsgesuches noch nicht in Rechtskraft erwachsen gewesen, umsoweniger gerechtfertigt erscheint, als die Execution nur in Ansehung jenes Betrages, auf welchen die Eideskosten obergerichtlich herabgesetzt wurden, angesucht wurde, und bezüglich dieses Betrages ein weiteres Rechtsmittel nicht zulässig ist.

Der OGH hat die E. I. J. wieder hergestellt, in der Erwägung, dass im Sinne der §§ 299 und 300 AGO bezüglich jener Kosten, welche wie die Kosten des Eidesverfahrens dem U. nachgefolgt sind, die jedoch gleich den in denselben bereits bestimmten Processkosten der sachfällige Theil dem Gegner zu ersetzen schuldig ist, die Zahlungsfrist erst von dem Zeit-

punkte zu laufen beginnt, wo der Betrag derselben gerichtlich festgestellt wurde, und es nicht angeht, dieselben mit Rücksicht auf den inzwischen eingetretenen Ablauf der im U. bestimmten Leistungsfrist sofort fällig zu erklären.

2631.

In Ehestreitigkeiten findet die Proc.-Nov. auf den Kostenanspruch des Vertheidigers des Ehebandes keine Anwendung.

E. v. 8. März 1892, Z. 2790. — (GZ 27 ex 92, Seite 214.)

Die I. J. hat das einverständliche Gesuch der Eheleute Wenzel und Anna K. um Trennung der zwischen ihnen geschlossenen Civilehe abgewiesen und dieselben nach § 24 der Proc.-Nov., zum Ersatze der Verhandlungskosten an den Vertheidiger des Ehebandes verurtheilt.

Ueber den Recurs dieser Eheleute hat das OLG den erstrichterlichen Erkenntnissbescheid blos im Spruche über die Kosten abgeändert und den Vertheidiger des Ehebandes mit dem Begehren um Zuspruch derselben abgewiesen, weil nach § 18 AO die baaren Auslagen dem zum defensor matrimonii bestellten Advocaten vom Staate vergütet werden.

Der OGH fand den Revisionsrecurs des Vertheidigers des Ehebandes zurückzuweisen, wobei erwogen wurde, dass die Bestellung eines Vertheidigers des Ehebandes in Ehestreitigkeiten von amtswegen im öffentlichen Interesse stattfindet; der defensor matrimonii vermöge dieser Function im Ehestreite nicht als Processpartei auftritt; von einem Obsiegen oder Unterliegen desselben im Sinne des § 24 der Proc.-Nov. daher keine Rede sein könne, und er demnach von den im Streite stehenden Ehegatten, selbst wenn seine Intervention oder ein von ihm ergriffenes Rechtsmittel von Erfolg gewesen ist, den Ersatz der Kosten nicht begehren kann.

2632.

Das gleichzeitig mit der Klage eingebrachte Gesuch um Auftrag der Vorlage der Handelsbücher des Geklagten nach Art. 37 des HGB ist als vorzeitig überreicht zurückzustellen.

E. v. 8. März 1892, Z. 2795. — (GH 22 ex 92, Seite 189.)

I. HG Prag.
II. OLG. Prag.

In der schriftlichen Rechtssache des A gegen B wegen Anerkennung des Rechtsbestandes eines Lohnvertrages und wegen Zahlung rückständigen Gehaltes, einer Remuneration und weiterer Entschädigungsbeträge hat die I. J. das von dem Kläger A gleichzeitig mit der Klage eingebrachte Gesuch um Verordnung der Vorlage von gegnerischen Handelsbüchern als vorzeitig überreicht rückgestellt, weil nach Art. 37 HGB die Vorlegung der Handelsbücher der Gegenpartei richterlicherseits erst

im Laufe des Processes verordnet werden, hievon aber im vorliegenden Falle vor Behändigung der Klage und erfolgter Streiteinlassung des Geklagten nicht die Rede sein kann, zumal erst nach Beantwortung der Klage beurtheilt werden kann, ob der nach der Sanction des Art. 37 cit. für erwiesen anzunehmende Inhalt der Handelsbücher überhaupt strittig und daher dieses einen Beweisantrag darstellende Ansuchen zulässig oder überflüssig ist.

Dem Recurse des A hat die II. J. unter Verweisung auf die richtige Begründung des in Beschwerde genommenen B. und in der weiteren Erwägung keine Folge gegeben, dass, obgleich schon mit der Einbringung der Klage der Rechtsstreit eingeleitet wird, dennoch hiemit der Process als bereits in Lauf gebracht insolange nicht angesehen werden kann, als nicht einmal der über die Klage ergangene B., gemäss dessen diese Klage von dem HG als zu seiner Gerichtsbarkeit gehörig angenommen worden ist, die Rechtskraft erlangt hat; dass ferner es dem Richter stets freisteht, zu beurtheilen, ob er die vom Kläger in Antrag gebrachte Beweisführung durch die gegenseitigen Handelsbücher namentlich in der Richtung des geeigneten Zeitpunkts der Durchführung dieses Beweises, dessen Anbietung gemäss § 12 der AGO allerdings bereits mit der Klage erfolgen kann, für zulässig hält und schliesslich, dass Recurrent durch die blos einstweilige Rückstellung seines obangeführten Gesuches, weil darüber sachlich noch gar nicht entschieden wurde, keineswegs mit Grund für beschwert sich halten kann.

Dem a. o. Revisionsrecurse des A hat der OGH bei Abgang der Voraussetzungen des Hofd. vom 15. Februar 1833, JGS Nr. 2593, keine Folge zu geben befunden, da die unterrichterlichen E. weder eine Nullität, noch eine offenbare Ungerechtigkeit enthalten.

2633.

Die letztwillige Verfügung, wornach den Kindern einer Person ein Capital mit der Beschränkung zugewiesen wird, dass deren Vater das lebenslängliche Nutzgenussrecht haben und berechtigt sein soll, über das Capital, jedoch nur zu Gunsten seiner Kinder letztwillig zu verfügen, ist nicht als ein mit dem Fruchtgenusse des Vaters belastetes Legat an die Kinder, sondern als ein mit dem Bande der fideicommissarischen Substitution zu Gunsten der Kinder belastetes Legat an den Vater anzusehen (§§ 608 und 652 ABG).

E. v. 8. März 1892, Z. 2834. — (JB 36 ex 92, Seite 431.)

A. P. traf in seinem Testamente nachstehende, die Universalerben gleichmässig beschwerende Verfügung: „Für meinen Neffen August P. soll auf dem Gute X. mit den folgenden Bestimmungen ein Capital von . . . fl. sichergestellt werden und wird mein Neffe bis zu seinem Ableben

nur die fünfpercentigen, ohne irgend welchen Abzug zu entrichtenden Zinsen dieses Capitals in vierteljährigen Vorausraten, beginnend mit meinem Todestage, zu beziehen haben. Ich bestimme zugleich, dass aus diesen Zinsen in erster Linie mit dem im § 150 ABG genannten Vorrechte die Erziehung, sowie der Unterhalt der Kinder meines Neffen bestritten werden soll. Das Capital selbst bleibt den Kindern meines Neffen in nachstehender Weise zugewendet. Um meinem Neffen die Möglichkeit zu verschaffen, seinen Kindern bei ihrer Verheiratung oder beim Antritt einer dauernden Lebensstellung ein Capital zuzuführen, räume ich demselben das Recht ein, in einem solchen Falle und zu dem bezeichneten Zwecke für jedes seiner Kinder einen solchen Theilbetrag des Capitals aufzukündigen, als nach der gesetzlichen Erbfolge in das ganze Capital per . . . fl. am Tage der Verfügung auf das begünstigte Kind entfallen würde. Die Auszahlung des gekündigten Betrages hat nach sechs Monaten vom Momente der Kündigung direct an das begünstigte Kind zu erfolgen und erlischt mit der Bezahlung die Verzinsung des erhobenen Capitals. Ich gestatte ferner meinem Neffen, über das Capital testamentarisch, jedoch nur zu Gunsten seiner Kinder oder Kindeskinder, zu verfügen, wobei ihm die Wahl unter denselben sowie die Vertheilung vollkommen frei steht. Das auf solche Weise gebundene Capital muss unter allen Umständen diesem Zwecke gewidmet bleiben. Sollte demnach mein Neffe über die Zinsen durch Cession oder Verpfändung verfügen oder dieselben wider seinen Willen von irgend Jemand mit Beschlag belegt werden, so entfällt sein Rentenbezug und es haben meine Universalerben direct die Zinsen des Capitales zu Gunsten meines Neffen und seiner Familie zu verwenden. Ebenso haben dieselben in dem Falle, als mein Neffe handlungs- oder vertragsunfähig werden sollte, selbst, jedoch nur in den obbezogenen Grenzen, zu bestimmen, welche Beträge und welchen einzelnen Kindern bei Lebzeiten ihres Vaters aus dem Capitale zugewiesen werden sollen.“ Zufolge dieser Verfügung wurde das Capital als Vermächtniss „dem August P. und seinen Kindern“ eingeantwortet, unter dieser Bezeichnung auf dem Gute X. unter Ersichtlichmachung der letztwilligen Beschränkungen sichergestellt, und nachdem dasselbe einige Jahre später von den Universalerben gekündet und zur Rückzahlung gelangt war, unter Intervention des K. als Testamentsexecutor und zugleich „Substitutionscurator“ nach A. P. Werthpapiere angeschafft, welche unter der Bezeichnung „für die Kinder des August P. aus B.“ in depositenamtliche Verwahrung übernommen wurden. Später gelangte auf Grund einer zwischen den Kindern des August P. und ihm getroffenen Vereinbarung bei dieser Depositenmasse zur Auszeichnung, mit welchem Betrage jedes der Kinder an dem Vermögen participire, und hatte auf Grund dieser Participation auch eine der Töchter schon bei Lebzeiten des August P. ihren Antheil bezogen.

Nach dem Tode des August P. verlangten nun die Kinder desselben die Erfolgung der Papiere, wurden jedoch mit diesem Begehren von der I. J. abgewiesen und angewiesen, vorerst eine Nachlassnachweisung zum Zwecke der Gebührenbemessung vorzulegen, da eine verlassbehördliche Zuweisung des Vermögens erfolgen müsse.

Ueber die als Recurs behandelte Vorstellung der Erben des August P. gegen diese Verfügung erkannte die II. J. auf Abweisung des Recurses aus nachstehenden

Gründen:

Die von A. P. in seinem Testamente zu Gunsten des August P. und seiner Kinder getroffene Verfügung ist als ein Vermächtniss für August P., belastet mit der fideicommissarischen Substitution für dessen Kinder, und keinesfalls als ein Vermächtniss unmittelbar zu Gunsten der Kinder des August P. anzusehen, und deuten auf die Anwendung eines mit einer fideicommissarischen Substitution behafteten Legates im Sinne der §§ 608 und 652 ABG insbesondere die Bestimmungen des citirten Testamentes hin, dass das dem August P. zugedachte Capital für denselben sichergestellt werden sollte, diesem Neffen die Möglichkeit geboten werden sollte, seinen Kindern bei deren Verheiratung oder beim Antritte einer dauernden Lebensstellung ein Capital zuzuführen und daher dem Neffen das Recht eingeräumt wurde, in einem solchen Falle einen entsprechenden Theil des Capitals aufzukündigen, der dann direct an das begünstigte Kind auszuzahlen ist, dass dem Neffen gestattet wurde, über das Capital testamentarisch zu Gunsten seiner Kinder oder Kindeskinder zu verfügen, endlich dass seitens des Erblassers angeordnet wurde, dass für den Fall der Rückzahlung des oberwähnten Capitals dasselbe durch den Testamentsexecutor mit Zustimmung der Substitutionsbehörde in anderer pupillarmässiger Weise zu substituiren ist. Aus diesen Bestimmungen ist deutlich ersichtlich, dass in erster Linie der Neffe des Erblassers durch das Legat bedacht sein sollte, und es tritt dies noch mehr zu Tage, wenn in's Auge gefasst wird, dass in dem citirten Testamente eine Bestimmung, dass das Eigenthum der legirten Beträge sofort den Kindern zufallen solle, gar nicht vorkommt und dass auch die Namen der Kinder gar nicht aufgeführt erscheinen. Das Gegentheil des eben Erörterten ist durchaus nicht daraus abzuleiten, dass weiters bestimmt wurde, dass der Neffe nur die fünfpercentigen Zinsen des Capitals zu beziehen hat, und aus den Zinsen in erster Linie mit dem im § 150 ABG genannten Vorrechte die Kosten der Erziehung sowie der Unterhalt der Kinder des Neffen bestritten werden sollen, weil die erstere Anordnung nur der Bestimmung des § 619 ABG entspricht, die letztere Anordnung aber blos einer weiteren, zu Gunsten der Kinder getroffenen Einschränkung des Neffen in der freien Verfügung über die Zinsen der Capitalien statuirt, damit aber noch immer nicht das Eigenthum dieser Capitalien sofort den Kindern des Neffen zu-

gewendet wurde. Die in Rechtskraft erwachsene landesgerichtliche Einantwortungsurkunde nach A. P. nimmt den eben vertretenen Standpunkt ein, indem laut derselben der Capitalsbetrag zu Gunsten des August P. und seiner Kinder sicherzustellen und den Kindern während der Lebensdauer ihres Vaters ein etwaiger Theilbetrag nur in den testamentarisch bestimmten Fällen, bei Nichteintritt derselben aber das Capital oder der Rest desselben erst nach Ableben ihres Vaters auszuzahlen ist, und kann diese Bestimmung nicht in der im Recurse versuchten Art gedeutet werden, indem dann, wenn die Kinder sofort Eigenthümer und August P. blos Nutzniesser des Capitals hätte werden sollen, dies in anderer, viel prägnanterer Weise hätte zum Ausdruck gebracht werden können. Unentscheidend ist es, dass nach der Einzahlung des ursprünglich hypothekarisch versicherten Capitals die hiefür angeschafften Fructificate mit dem landesgerichtlichen B. vom 17. April 1888, Z. 4407, blos für die Kinder des August P. in Verwahrung genommen wurden, und dass mit dem weiteren B. vom 30. October 1888, Z. 10229, angemerkt wurde, mit welchen Theilbeträgen die einzelnen Kinder des August P. an diesen Fructificaten participiren, da dadurch allein der rechtliche Charakter des von A. P. dem August P. und seinen Kindern zugewendeten Betrages nicht geändert werden konnte, August P. in der Erklärung vom 22. Juli 1886 von dem ihm im Testamente des A. P. eingeräumten Rechte, testamentarisch über das Capital zu Gunsten seiner Kinder zu verfügen und die Vertheilung des Betrages unter die Kinder einst selbst zu bestimmen, Gebrauch gemacht hatte, diese Verfügung des August P. laut der Eingabe de präs. 4. November 1891, Z. 13202, von den Recurrenten als rechtsverbindlich anerkannt wird, dadurch aber die Annahme ausgeschlossen erscheint, als ob durch einen Act unter Lebenden seitens des August P. das volle Eigenthumsrecht des Capitals mit blossem Vorbehalte des Nutzgenussrechtes auf seine Kinder übertragen worden wäre, wobei nur noch zu bemerken ist, dass in der citirten Eingabe das in Frage stehende Capital seitens der Recurrenten wiederholt selbst als ein Substitutionscapital bezeichnet wurde, und dass der Testamentsexecutor sich als Substitutionscurator gerirt. Bei dieser Sachlage und im Hinblick auf die Norm der §§ 26 und 54 des Abh. Pat., dann jene der JMV vom 18. Februar 1857, Z. 3673, hat das LG mit vollem Rechte das Ausfolgungsbegehren abgewiesen und die Vorkehrungen wegen Zuweisung des Capitals an die Substitutionslegatare und wegen Berichtigung der von dem Uebergange des Eigenthumsrechtes seitens des Fiduciars an die Substitutionslegatare zu bemessenden Gebühr getroffen. Diese letztere Vorkehrung durfte aber das LG selbst dann nicht unterlassen, wenn es auch nur die Bestimmung des citirten Testamentes für zweifelhaft in dem Sinne erachtete, ob dieselbe ein Substitutionslegat oder ein Vermächtniss zu Gunsten der Kinder des August P., belastet mit dem lebenslänglichen Nutzgenussrechte für

den Letzteren, darstelle, weil die Finanzbehörden ausschliesslich berufen sind, darüber zu entscheiden, ob in einem Falle wie dem vorliegenden eine Vermögensübertragungsgebühr zu bemessen sei oder nicht, die Gerichte nach §§ 1 und 4 der MV vom 23. März 1852, RGB Nr. 82 und 83, den Finanzbehörden die zur etwaigen Bemessung einer Nachlassgebühr erforderliche Vermögensnachweisung mitzutheilen haben und vorliegend im Hinblick auf die §§ 57 und 58 GG der ME vom 7. Mai 1855, Z. 11032, Nr. 25 FMVB, und die oben dargestellte Sachlage in jedem Falle ein ausreichender Anlass zu dieser Mittheilung vorhanden ist.

Der OGH bestätigte den B. der II. J., weil die Voraussetzungen des § 16 des Abh. Pat. nicht zutreffen, unter denen allein gleichförmige E. der Untergerichte abgeändert oder aufgehoben werden dürfen, indem die angefochtenen E. weder eine begangene Nullität, noch eine offenbare Gesetz- oder Actenwidrigkeit erkennen lassen, vielmehr durch ihre Begründung und bei der Erwägung gerechtfertigt erscheinen, dass auch einer letztwilligen Erklärung kein anderer Sinn beigelegt werden kann, als welcher aus der eigenthümlichen Bedeutung der Worte in ihrem Zusammenhange und aus der klaren Absicht des Erblassers hervorleuchtet, und dass mit Rücksicht darauf die im Absatz IV des Testaments des A. P. zu Gunsten des August P. und seiner Kinder getroffene Verfügung als ein Vermächtniss für Ersteren, belastet mit der fideicommissarischen Substitution für seine Kinder, im Sinne der §§ 608 und 652 ABG anzusehen ist.

2634.

Die im Zuge einer executiven Meistbotsvertheilung von einem Pfandgläubiger abgegebene Erklärung, das Pfandrecht eines vorangehenden Pfandgläubigers im Sinne des AG anzufechten, ist kein Grund, mit der Zuweisung des Meistbotes bis zur Austragung des Anfechtungsprocesses innezuhalten.

E. v. 8. März 1892, Z. 2971. — (GZ 24 ex 92, Seite 190.)

Die Verfügung des ersten Richters, wodurch bei einer executiven Meistbotsvertheilung über Ansuchen mehrerer Pfandgläubiger die weitere Zuweisung des Meistbotes bis zur Austragung der im Zuge befindlichen, auf Grund der §§ 30 Alinea 4 und 34 des AG angestrengten Anfechtungsprocesse gegen die beiden ersten Pfandgläubiger X und Y sistirt ward, wurde über Recurs der letzteren vom OLG aufgehoben und die Vertheilung des Meistbotes nach Massgabe der bestehenden Pfandrechte angeordnet, weil durch die executive Veräusserung der Fahrnisse die Realisirung der darauf haftenden Pfandrechte bezweckt wird, aus dem Meistbote die Pfandgläubiger zu befriedigen sind und die von den anderen Gläubigern abgegebene Erklärung, dass sie die Forderung der beiden ersten Pfandgläubiger bezüglich des auf die Fahrnisse erwirkten Pfandrechtes anfechten

werden, keinen Grund abgeben kann, mit der Vertheilung des Meistbotes innezuhalten, weil die Zuweisung des Meistbotes nach Maassgabe der bestehenden unbestrittenen Pfandrechte zu geschehen hat.

Der OGH hat die E. II. J. bestätigt, weil der § 34 des AG im Verfahren behufs Vertheilung eines executiven Meistbotes abweichend von der Bestimmung des § 32 die Ausübung des Anfechtungsrechtes auch in Betreff nicht vollstreckbarer Forderungen gestattet, eine Sistirung der Vertheilung des Meistbotes aber im § 34 des citirten Gesetzes nicht ausgesprochen wird, der anfechtende Gläubiger daher seine Ansprüche, falls er sich durch die Art der Vertheilung geschädigt erachtet, im Wege des Recurses, sowie nach § 36 des citirten Gesetzes geltend zu machen hat.

2635.

Das Caducitätsärar kann als solches keine Erbserklärung zu einer Verlassenschaft überreichen.

E. v. 8. März 1892, Z. 3101. — (JB 14 ex 92, Seite 167.)

I. BG Margarethen.
II. OLG Wien.

Gegen den B., womit die von der Finanzprocuratur in Wien abgegebene Erklärung, dass sie den Nachlass nach der am 8. Mai 1891 verstorbenen minderjährigen Anna W., bestehend in dem ihr zur Hälfte angefallenen Nachlasse nach ihrer am 3. November 1884 verstorbenen ausserehelichen Mutter Marie W. mangels einer giltigen letztwilligen Anordnung sowie beim Abhandensein gesetzlicher Erben als erblos für das Aerar in Anspruch nimmt und demgemäss unter Einem abgesondert noe. des Caducitätsärars als präsumtiven Rechtsnachfolgers nach Anna W. für deren Verlassenschaft auf Grund des Gesetzes die bedingte Erbserklärung zur Hälfte des Nachlasses nach ihrer am 3. November 1884 verstorbenen Mutter Marie W. überreiche, und dass sie sich die Inanspruchnahme des Nachlasses der von Marie W. hinterlassenen und angeblich 14 Tage nach ihr verstorbenen zweiten ausserehelichen Tochter, der minderjährigen Pauline W., sowie die Erbserklärung für deren Verlassenschaft zur anderen Hälfte des Nachlasses ihrer Mutter Marie W. ausdrücklich für den Fall vorbehalte, sobald die minderjährige Pauline W. ausgewiesen sein wird, zur Kenntniss genommen und die von der Finanzprocuratur in Wien noe. des Caducitätsärars als präsumtiven Rechtsnachfolger nach der am 8. Mai 1891 verstorbenen minderjährigen Anna W. zur Nachlasshälfte ihrer Mutter Marie W. abgegebene Erbserklärung zu Gericht angenommen, zugleich aber bei dem Umstande, als zum Nachlasse nach Marie W. auch seitens des erblasserischen Bruders Franz W. aus dem Gesetze die Erbserklärung bedingt abgegeben und mit B. vom 21. October 1891, Z. 22.422, zu Gericht angenommen wurde, somit widersprechende Erbserklärungen vorliegen, gemäss § 125 Abh. Pat. eine Tagfahrt für den 9. December

1891 anberaumt wurde, ergriff der erblasserische Bruder Franz W. Recurs an die II. J., welche diesem Recurse stattgab und den recurrirten B. dahin abzuändern fand, dass die erwähnte Erbserklärung der niederösterreichischen Finanzprocuratur nicht angenommen werde, und das betreffende Gesuch abzuweisen sei, in Folge dessen auch die wegen widerstreitender Erbserklärungen in Gemässheit des § 125 Abh. Pat. erfolgte Anordnung einer Tagfahrt behoben werde; denn das in dem § 760 ABG dem Staate eingeräumte Heimfallsrecht stellt sich nicht als ein gesetzliches Erbrecht dar, dasselbe hat vielmehr eine E. des Abhandlungsgerichtes, dass bezüglich eines bestimmten Nachlasses eine Erbverhandlung nicht stattfinde, und wegen Abganges von Erben derselbe caduc erklärt werde, zur Voraussetzung. Hieraus folgt, dass der Staat, welchem aus dem Heimfallsrechte ein Erbrecht nach Anna W. nicht zukommt, auch nicht als Rechtsnachfolger derselben ein von dieser nicht geltend gemachtes Erbrecht bezüglich des Nachlasses ihrer vorverstorbenen aussereheliehen Mutter Marie W. im Wege des Erbrechtes geltend machen und mittelst der Erbserklärung namens der Anna W. in Anspruch nehmen kann, weil jede Erbserklärung nach § 799 ABG den Erbrechtstitel auszuweisen hat. Es war daher dem Recurse des Franz W., welcher auf den Nachlass der Marie W. Erbrechtsansprüche geltend macht, in Ansehung des in Beschwerde gezogenen Punktes des erstrichterlichen B. stattzugeben und die von der niederösterreichischen Finanzprocuratur in Vertretung des Heimfallsrechtes eingebrachte Erbserklärung mangels des Erbrechtstitels zurückzuweisen, wodurch die Einleitung weiteren Verfahrens wegen widerstreitender Erbserklärung entfällt.

Ueber den seitens der niederösterreichischen Finanzprocuratur wider die obergerichtliche E. eingebrachten Revisionsrecurs fand der OGH die E. II. J. aus deren Gründen und in der weiteren Erwägung zu bestätigen, dass das in den §§ 537 und 809 ABG normirte Recht nur den Erben eines nach dem Erblasser, jedoch vor Antretung und Uebernahme der Erbschaft verstorbenen Erben zusteht; dass das im § 760 ABG normirte Heimfallsrecht des Fiscus kein gesetzliches Erbrecht ist, dass nach § 122 Abh. Pat. wohl jede in der vorgeschriebenen Form ausgestellte Erbserklärung von dem Gerichte anzunehmen ist, dass aber nach § 121 des vorcitirten Patentes jeder Erbe zur Antretung der Erbschaft eine mit den Erfordernissen der §§ 799 und 800 ABG versehene Erbserklärung beizubringen hat, dass nach § 122 des cit. Pat. gestattet ist, den Beweis des Erbrechtstitels nachträglich beizubringen; dass aber in dem vorliegenden Falle dem durch die Finanzprocuratur vertretenen Caducitätsärar augenscheinlich jeder Erbrechtstitel nach § 799 ABG (letztwillige Anordnung, Vertrag oder Gesetz) zu dem Nachlasse der am 3. November 1884 verstorbenen Marie W. jure repräsentationis ihrer am 8. Mai 1891 verstorbenen, noch unmündigen unehelichen Tochter Anna W. mangelt.

2636.

Die Anzeige des Käufers, dass er wegen Nichteinhaltung der Lieferungsfrist den gekauften Gegenstand nicht übernehmen werde, ist zur Auflösung des Vertrages dann nicht zureichend, wenn die Natur des Geschäftes eine Nachlieferungsfrist gestattet.

E. v. 9. März 1892, Z. 1944. — (GH 30 ex 92, Seite 256.)

I. KG Reichenberg.
II. OLG Prag.

Wilhelm K. belangte den Carl F. auf Uebernahme der ihm in Folge seiner Bestellung gelieferten $27^1/_2$ Dutzend Handschuhe.

Das KG als HG in Reichenberg hat mit U. vom 28. August 1891, Z. 8290, dem Klagebegehren für den Fall stattgegeben, wenn der Geklagte den Erfüllungseid nicht ablegen sollte: „Es sei wahr, dass er im Monate April 1890 mit dem klägerischen Reisenden Wilhelm R. ausdrücklich vereinbarte, dass die bestellten Handschuhe anfangs September 1890 zu liefern sind, und dass er am 21. September 1890 dem klägerischen Reisenden Wilhelm R. erklärte, dass er die bei ihm bestellten Handschuhe wegen nicht rechtzeitiger Lieferung nicht mehr annimmt".

Gründe:

Es ist unbestritten, dass der Geklagte im Monate April 1890 bei dem klägerischen Reisenden Wilhelm R. $27^1/_2$ Dutzend gewirkte Winterhandschuhe bestellte, und dass ihm dieselben erst am 16. October 1890 geliefert wurden. Als Grund der Nichtannahme führt der Geklagte an, es sei bei der Bestellung ausdrücklich vereinbart worden, dass die Handschuhe anfangs September 1890 zu liefern sind, und er habe am 21. September 1890 demselben Reisenden, als dieser wieder bei ihm war, erklärt, dass er die bestellten Handschuhe wegen nicht rechtzeitiger Lieferung nicht mehr annehme. Werden diese Umstände erwiesen, dann ist nicht nur dargethan, dass die Lieferung wirklich eine verspätete war, sondern dass der Geklagte auch nach Ablauf der Lieferungsfrist dem Kläger als Verkäufer die Anzeige gemacht hat, dass er wegen nicht rechtzeitiger Lieferung vom Kaufe zurücktritt; denn, dass dem Reisenden, bei welchem die Bestellung gemacht worden ist, auch diese Erklärung namens des Verkäufers gemacht werden kann, ist unzweifelhaft. Der Geklagte vermeint zwar, es liege hier ein Fixgeschäft vor, bei welchem er eine solche Anzeige nicht einmal zu machen brauche; allein aus den Umständen der geschehenen Bestellung ist dies nicht zu ersehen, indem nicht jedes Geschäft mit Bestimmung einer gewissen Lieferzeit schon an und für sich ein Fixgeschäft ist, und vorliegenden Falls wohl nicht gesagt werden kann, dass eine genaue festbestimmte Zeit bedungen worden wäre. Der Kläger vermeint hinwider, es genüge diese Erklärung allein nicht dazu,

dass der Geklagte vom Verkaufe abgehen könne, es hätte ihm der Geklagte auch eine Nachfrist gewähren sollen. Allein nach Art. 356 HGB ist nur, wenn die Natur des Geschäftes es zulässt, noch eine den Umständen angemessene Frist zur Nachholung des Versäumten zu gewähren. Nach dem Ausspruche der Sachverständigen sind jedoch Winterhandschuhe ein strenger Saisonartikel, in dessen Besitz ein Engrossist schon im Monate September sein müsse, so dass er keine über September hinausgehende Nachfrist gewähren könne; es konnte somit vom Geklagten eine weitere Nachfrist nicht gewährt werden, und übrigens hat der Kläger eine Nachfrist auch gar nicht begehrt, sondern unbekümmert um die geschehene Anzeige, dass der Geklagte die Waare wegen nicht rechtzeitiger Lieferung nicht mehr annehme, diese, und zwar erst am 15. October 1890, dem Spediteur übergeben. Die vom Geklagten behaupteten, seine Verweigerung der Uebernahme der Handschuhe begründenden (Art. 355 HGB) Umstände sind von dem Zeugen Josef H. bestätigt worden, welcher sowohl bei der im April 1890 geschehenen Bestellung, als auch bei dem Besuche des klägerischen Reisenden am 21. September 1890 im Geschäftslocale des Geklagten zugegen war und gegen dessen Glaubwürdigkeit nichts vorliegt, und es wurde somit zur Ergänzung der durch diese Zeugenaussage gelieferten halben Probe, welche auch durch den Umstand bekräftigt wird, dass der Geklagte in seinem vom Kläger selbst vorgelegten Schreiben an den Reisenden (Beil. B) diesem Vorwürfe macht, dass dieser trotz der Erklärung, er nehme die Waare nicht mehr an, dieselbe doch habe abgehen lassen, den Erfüllungseid des Geklagten zugelassen und davon die E. des Streites abhängig gemacht.

Ueber Appellation des Klägers hat die II. J. die E. I. J. abgeändert und unbedingt nach dem Klagebegehren erkannt.

Gründe:

Der Geklagte gesteht ausdrücklich zu, dass ihm der klägerische Reisende Wilhelm R. im April 1890 namens des Klägers $27^1/_2$ Dutzend Winterhandschuhe zum Kaufe angeboten, und dass er diese Partie Handschuhe, nachdem der Reisende die Preise ihm bekanntgegeben, bestellt habe. Es liegt also unbestrittenermassen ein fester Kauf vor, durch welchen nach Art. 52 HGB der Kläger allein dem Geklagten gegenüber berechtigt und verpflichtet worden ist. Wenn nun auch aus den Bestimmungen der Art. 47—49 HGB gefolgert werden kann, dass der Handelsreisende eines Kaufmannes berechtigt ist, aus den von ihm abgeschlossenen Verkäufen den Kaufpreis einzuziehen, so lässt sich keinesfalls aus diesen Bestimmungen die Annahme rechtfertigen, dass der Handlungsreisende ohne besondere Vollmacht, deren Bestand der Geklagte hier aber nicht einmal behauptet, zur Eingehung von Neuerungsverträgen und zur Aufgebung von Rechten seines Principals berechtigt sei. Eine solche Auf-

gebung des Rechtes des Klägers muss jedensfalls darin erblickt werden, wenn der Reisende desselben, Wilhelm R., die ihm behauptetermassen am 21. September 1890 vom Geklagten abgegebene Erklärung, dass er die bei ihm bestellten Handschuhe wegen nicht rechzeitiger Lieferung nicht mehr annimmt, genehmigend zur Kenntniss genommen hätte, und es würde eine solche Genehmigung nach dem Gesagten ohne jede Rechtswirkung für den Kläger sein. Umsoweniger kann der vom Gerichte I. J. unter Beweis gestellten blos einseitigen Erklärung des Geklagten allein, wenn selbe auch dem Reisenden des Klägers abgegeben wurde, eine rechtliche Bedeutung für den Kläger beigemessen werden und lässt sich die gegentheilige Anschauung des Gerichtes I. J. aus dem Gesetze keinesfalls rechtfertigen. Der Inhalt dieser Erklärung ist für die E. dieser Rechtssache auch dann ohne jede Bedeutung, wenn sie mit der weiteren in I. J. unter Beweis gestellten Thatsache im Zusammenhange gewürdigt wird; denn da das klagsbezeichnete Rechtsgeschäft als ein Fixgeschäft im Sinne des Art. 357 HGB, wie dies bereits in I. J. zutreffend hervorgehoben wurde, nicht aufgefasst werden kann, lag dem Geklagten, welcher dem Kläger gegenüber das Recht in Anspruch nimmt, von dem geschlossenen Kaufvertrage abzugehen, ob, nach Art. 356 HGB zu erweisen, dass er diese Absicht dem Kläger angezeigt und demselben noch eine den Umständen angemessene Frist zur Nachholung des Versäumten gewährt hat. Würde nun auch der Geklagte erweisen können, dass der Vereinbarung mit Wilhelm R. zufolge die fraglichen Handschuhe anfangs September 1890 zu liefern waren, und dass er, Geklagter, am 21. September 1890 demselben die Erklärung seines Rücktrittes abgegeben hat; ja würde er noch weiter erweisen, dass diese letztere Erklärung von Wilhelm R. dem Kläger auch zur Kenntniss gebracht worden ist, so würden alle diese Beweise nicht hinreichen, das angesprochene Recht des Rücktrittes von dem klagsbezeichneten Kaufe zu begründen, weil der Geklagte zugestehen muss, dem Kläger eine Nachfrist zur Nachholung des Versäumten nicht einmal angeboten zu haben. Allerdings meint der Geklagte, durch die Natur des fraglichen Geschäftes von der Gewährung einer Nachfrist nach Zulass des Art. 356 HGB deshalb entbunden zu sein, weil Winterhandschuhe Saisonartikel sind, die der Geklagte in der zweiten Hälfte October an Detaillisten gar nicht oder sehr schwer hätte verkaufen können; allein dem steht vor Allem gegenüber der Umstand, dass es ja dem Geklagten unbenommen und auch möglich war, noch im September 1890 von dem Kläger die Lieferung unter Festsetzung einer kurzen, noch im Monate September endigenden Nachfrist zu begehren. Aber auch das Gutachten der Sachverständigen spricht in dieser Hinsicht nicht zu Gunsten des Geklagten, denn dieselben bestätigen vor Allem, dass Jemand, der sich, wie Geklagter hier, den klagsbezeichneten Artikel erst bis anfangs September lieferbar bestellt, nur ein kleiner Engrossist sein kann, und geben weiter

an, dass der Detaillist sich Winterhandschuhe bis Mitte October anschaffe und selbe bis Ende October empfangen haben müsse, geben aber auch noch zu, dass später noch Nachbestellungen geschehen, je nachdem der Bedarf sei. Aus diesem Inhalte des Gutachtens lässt sich keineswegs der Schluss rechtfertigen, dass vorliegend die Natur des Geschäftes die Gewährung einer Nachfrist überhaupt ausschliesst, und kann hiebei auch nicht unerwähnt bleiben, dass im Widerspruche mit der bezüglichen Behauptung der Einrede aus den in ihrer Echtheit nicht bestrittenen Schreiben des Geklagten vom 16. October 1890 lit. A und vom 17. October 1890 lit. B hervorgeht, dass die fraglichen Handschuhe vom Geklagten per September bestellt worden sind. Aus dem Gesagten folgt, dass einerseits die von dem Gerichte I. J. unter Beweis gestellten Thatsachen für die E. irrelevant, und dass andererseits das Klagebegehren gesetzlich begründet ist, weil der Kauf der Handschuhe zugestanden, ebenso eine Beanständung der gelieferten Waare nicht behauptet wurde, daher der Geklagte nach Art. 346 HGB zur Uebernahme der Waare verpflichtet ist, und es war somit dem Klagebegehren unbedingt stattzugeben und das appellirte U. in diesem Sinne abzuändern.

Ueber die Revisionsbeschwerde des Geklagten hat der OGH die E. II. J. zu bestätigen befunden.

Gründe:

Die beiden Untergerichte haben mit Recht angenommen, dass die verabredete Lieferung von Winterhandschuhen kein Fixgeschäft war, und wird sich diesfalls auf die erstrichterlichen Gründe berufen. Demnach ist nur noch fraglich, ob der Geklagte verpflichtet war, dem Kläger eine Nachlieferungsfrist zu gewähren. Am 21. September 1890 zeigte Geklagter dem Reisenden des Klägers an, dass er die bestellten Handschuhe nicht annehme. Hätte Geklagter an diesem Tage eine kleine Nachlieferungsfrist bestimmt, so hätten die Handschuhe noch im Laufe des Monats September in seinen Händen sein können. Da es nun nach dem Gutachten der Sachverständigen zugereicht hätte, wenn Geklagter als kleiner Engrossist im Monate September im Besitze der Handschuhe gewesen wäre, so ist zu folgern, dass am 21. September 1890 „die Natur des Geschäftes“ (Art. 356 HGB) eine Nachholungsfrist zugelassen hätte, dass also der Geklagte verpflichtet war, diese Nachholungsfrist zu gewähren, und dass er ohne Gewährung derselben vom Vertrage nicht abgehen durfte. Nur aus diesem einzigen Grunde war das U. des OLG aufrecht zu erhalten.

2637.

An fliessenden Gewässern, insbesondere an Canälen, können auch Privatrechtstitel bestehen und erworben werden.

E. v. 9. März 1892, Z. 2501. — (GH 31 ex 92, Seite 266.)

I. BG Ried.
II. OLG Wien.

Die Eheleute Josef und Anna H., Besitzer der Holzapfelmühle Nr. 3 in L., begehrten wider Z das Erkenntniss, derselbe sei schuldig, die Freiheit des ihnen eigenthümlichen, zu ihrer Holzapfelmühle Nr. 3 in L. gehörigen Mühlcanals, Bachparzelle Nr. 710/2, von der Servitut des Fischereirechtes anzuerkennen und habe sich auch jeder ferneren Anmassung eines derartigen Rechtes zu enthalten.

Die I. J. hat das Klagebegehren abgewiesen.

Gründe:

Fliessendes Wasser ist weder Zugehör zu Grund und Boden im Sinne des § 294 ABG, noch wächst es Grund und Boden zu, nach § 404 ABG. Die Rechtsanschauung der Kläger, sie seien kraft ihres Eigenthumsrechtes an der Holzapfelmühle Nr. 3 in L. auch schon Eigenthümer des durch ihren Mühlcanal fliessenden Wassers, ist unrichtig. Die rechtliche Eigenschaft der Gewässer, die Frage, wem ein fliessendes Wasser gehöre, ist nach dem Reichs-Wassergesetze vom 30. Mai 1869, RGB Nr. 93, beziehungsweise nach dem Landes-Wassergesetze für Oberösterreich vom 28. August 1870, LGB Nr. 32, zu beurtheilen. Unbestritten ist, dass das durch den klägerischen Mühlcanal fliessende Wasser aus dem Antiesenbache abgeleitet und in denselben wieder zurückgeleitet wird. Der § 3 des LWG bestimmt, dass auch Bäche als öffentliches Gut anzusehen sind, insofern sie nicht in Folge gesetzlicher Bestimmungen oder besonderer Privatrechtstitel Jemandem zugehören. Kläger können aber bezüglich des Antiesenbaches keine Privatrechtstitel anführen. Die Berufung auf § 4 lit. c LWG ist nicht stichhältig. Unter den daselbst angeführten Canälen sind nur solche gemeint, die aus einem stehenden Wasser gespeist werden, in welchen das Wasser abgefangen wird, sogenannte Abzugscanäle, keineswegs aber Mühlcanäle. Angenommen, es sei wahr, die Kläger hätten durch 30 Jahre in dem durch den Canal fliessenden Wasser des Antiesenbaches gefischt, so kann doch von einer Ersitzung des Eigenthums dieses Wassers keine Rede sein, weil nur bei solchen Sachen eine Ersitzung möglich ist, die in ausschliessenden Besitz genommen werden können, eine fliessende Wasserwelle aber der Natur der Sache nach nicht in Besitz genommen werden kann. Nach dem Gesagten sind also die Kläger nicht Eigenthümer des durch ihren Mühlcanal fliessenden Wassers, sind daher auch zur Anstrengung einer actio negatoria nach § 523 ABG nicht berechtigt. Da un-

bestritten dem Geklagten das Fischereirecht im Antiesenbache zusteht, so kann er auch in jenem Theile dieses Baches fischen, der durch den klägerischen Mühlcanal fliesst, und hat dadurch, dass er dieses Recht bis jetzt nicht ausgeübt hat, das Recht nicht verloren (§ 351 ABG). Von einer Ersitzung des Fischereirechtes durch den Kläger kann keine Rede sein, zur Ersitzung gehört nach §§ 1463 und 1477 ABG Redlichkeit des Besitzes. Redlichkeit wäre auf Seite der Kläger dann vorhanden, wenn sie aus wahrscheinlichem Grunde glauben könnten, sie hätten das Recht zu fischen in ihrem Mühlcanale. Diese Gründe sind aber nicht vorhanden. Die Fischereirechte werden nach § 383 ABG nach den politischen Gesetzen geregelt. In der noch jetzt zu Recht bestehenden „Fischordnung Kaiser Rudolf II.“ vom 3. Juni 1583 Codex austriacus I., Seite 354, heisst es ausdrücklich: „Die Müller, Hammerwerksbesitzer und andere Werkleute haben sich alles Fötlen sowie alles Fischfanges in ihren Gflidern weil sonst die edle Brut sehr ausgeödet würde, zu enthalten“, und wird dieses Verbot selbst auf Jene ausgedehnt, welche behaupten, sie hätten ein Recht zu fischen, soweit man mit einem Hammer oder Beil werfen kann. Es ist also durch dieses Gesetz, mit dessen Unwissenheit sich die Kläger nicht entschuldigen können, und welches auch ihre Besitzvorfahren wissen mussten, den Müllern verboten, in ihrem Mühlcanal zu fischen, sondern ist dies nur den Fischereiberechtigten gestattet. Die Kläger und ihre Besitzvorfahren haben male fide gefischt. Es musste daher das Klagebegehren abgewiesen werden.

Ueber Appellation der Kläger hat die II. J. das erstrichterliche U. abgeändert und dem Klagebegehren gemäss erkannt.

Gründe:

Das Reichsgesetz vom 30. Mai 1869, RGB Nr. 93 und das Landesgesetz für das Erzherzogthum Oesterreich ob der Enns vom 28. August 1870, LGB Nr. 32, erkennen beide, und zwar ersteres in den §§ 3, 4 c und 10, letzteres im Art. III und den §§ 3, 4 und 10 ausdrücklich an, dass an fliessenden Gewässern, insbesonders an Canälen, Privatrechtstitel bestehen und erworben werden und, insoferne nicht eine Beschränkung in dem oben erwähnten § 10 R. G. und L. G. normirt ist, unbeschränkt ausgeübt werden können. Die Kläger sind unbestritten grundbücherlich servitutsfreie Eigenthümer des in dieser Rechtssache in Frage kommenden Canals und haben (rücksichtlich ihre Vorfahren) das Eigenthumsrecht an demselben insbesonders durch Fischfang, wie durch die vernommenen Zeugen erwiesen ist, stets unbeschränkt ausgeübt. Der Geklagte dagegen hat lediglich erwiesen, dass ihm das Fischereirecht in gewissen Theilen des Antiesenbaches, zu welchem aber der von demselben abgeleitete und grundbücherlich getrennte oberwähnte Canal nicht gehört, zustehe. Bei dieser Rechts- und Sachlage musste, weil der Geklagte laut des Briefes A

und der Beschwerden, welche er wider die Kläger bei der politischen Behörde erhoben hatte, sich das Recht des Fischens in dem den Klägern gehörigen oberwähnten Canale angemasst hat, das Klagebegehren im Sinne des § 523 ABG berechtigt erscheinen und war demnach in Abänderung des erstrichterlichen U. demselben gemäss zu erkennen.

Ueber die Revisionsbeschwerde des Geklagten hat der OGH die E. II. J. zu bestätigen befunden, dies aus folgenden

Gründen:

Bei dem Umstande, als das in Frage stehende Gewässer in einem Canale eingeschlossen ist, welcher sich auf dem Grunde der Kläger befindet, ist dasselbe im Sinne der §§ 4 c und 5 des Landesgesetzes für das Erzherzogthum Oesterreich ob der Enns vom 28. August 1870, LGB Nr. 32, ein ihnen gehöriges Privatgewässer, und dass auch derartige Canäle die Eigenschaft eines solchen haben, ergibt sich klar aus der Bestimmung des § 10 dieses Gesetzes, wonach auch fliessende Gewässer, in Ansehung deren noch andere Wasserberechtigte vorhanden sind, Privateigenthum sein können. Da nun der Geklagte eine Fischereiberechtigung in Ansehung des die Grundstücke der Kläger durchfliessenden Wassers nicht nachgewiesen hat, so erscheint das Klagebegehren begründet, zumal in der Erklärung des Geklagten in dem Briefe A und seiner bezüglichen Eingabe an die k. k. Bezirkshauptmannschaft die Bethätigung eines von ihm erhobenen Anspruches auf das Fischereirecht in den betreffenden Theilen des Canals, sonach eine Anmassung dieser Berechtigung im Sinne der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen gelegen erscheint.

2638.

Durch die Annahme der verspätet gezahlten Rate verliert der Gläubiger das Recht, die ihm in Gemässheit des zwischen beiden Theilen geschlossenen Vergleiches für den Fall der Nichteinhaltung der Ratenzahlungen zustehende Execution zu führen.

E. v. 9. März 1892, Z. 1970. — (GZ 39 ex 92, Seite 310.)

I. BG Jungbunzlau.
II. OLG Prag.

In Gemässheit des zwischen den Eheleuten A und dem B am 19. März 1890 geschlossenen Vergleiches war die Berechtigung der ersteren, die anerkannte Forderung des B per 709·14 fl. s. N. G. in Monatsraten à 10 fl. mit der verglichenen Summe von 300 fl. zu berichtigen, an die Bedingung der pünktlichen Zahlung der Monatsraten am Ersten eines jeden Monats vom 1. April 1890 angefangen derart geknüpft, dass im Falle der Nichteinhaltung irgend einer Zahlungsfrist die ganze Forderung s. N. G. executiv eingetrieben werden könnte. Auf Grund dieses Ver-

gleiches zahlten die Eheleute A mehrere Raten rechtzeitig, den am 1. Juli 1891 fälligen Betrag übersendeten sie jedoch erst am 2. Juli 1891 durch die Post an B, welcher denselben zwar annahm, gegen die Eheleute A aber am 5. Juli 1891 zur Einbringung der ganzen Restforderung das Executionsgesuch überreichte, welchem Folge gegeben wurde.

Die von den Eheleuten A gegen B überreichte Oppositionsklage wurde von der I. J. abgewiesen, weil die Kläger ihrer Verpflichtung rechtzeitig nicht nachgekommen sind, der Geklagte daher aus dem Vergleiche zur Führung der Execution berechtigt war.

Das OLG hat dem Klagebegehren stattgegeben aus nachstehenden

Gründen:

Der geklagte B hat durch die Uebernahme des von den Klägern am 2. Juli 1891 an ihn eingesendeten und ihm am 4. Juli 1891 übergebenen Theilbetrages von 10 fl. die Zahlung dieses am 1. Juli 1891 fällig gewordenen Betrages genehmigt und war somit nicht berechtigt, am 5. Juli 1891, daher nach erfolgter und genehmigter Zahlung, die ihm in Gemässheit des Vergleiches vom 19. März 1890 für den Fall der Nichteinhaltung der Ratenzahlungen zustehende Execution zu führen, weshalb das angefochtene U. abzuändern und dem Klagebegehren stattzugeben war.

Der OGH hat die E. II. J. aus deren Gründen bestätigt.

2639.

Die Aufstellung einer Tafel mit der Aufschrift: „Freiwillig gestatteter Fussweg“ begründet an sich keine Besitzstörung.

E. v. 9. März 1892, Z. 2645. — (Práv. IX ex 92, Seite 302.)

Die Klage der Gemeinde B gegen die dortige Bergwerksverwaltung B wegen Störung im Besitze des Rechtes der Gemeindeglieder zur Benützung eines Fusspfades wurde in I. J. zurückgewiesen aus folgenden, den Sachverhalt einschliessenden

Gründen:

Die Störung wird darin gefunden, dass zu dem Fusspfade bei der Wiese X, welchen die Gemeindeglieder seit länger als 30 Jahren benützen, um zu dem auf der Wiese X gelegenen Brunnen zu gelangen, seitens der Bergwerksverwaltung eine Tafel mit der Aufschrift aufgestellt wurde: „Freiwillig gestatteter Fussweg“. Dagegen wendet die Belangte ein a) den Abgang der activen Klagslegitimation seitens der Gemeinde und b) den Abgang des Thatbestandes einer Besitzstörung durch die Aufstellung dieser Tafel, welche beide Einwendungen als stichhältig anzusehen sind. Denn ad a hat die Gemeinde zwar dargethan, dass die Gemeindeglieder seit länger denn 30 Jahren bis in die jüngste Zeit herab den besagten Fuss-

pfad zu dem bewussten Zwecke benützen; allein hiedurch ist blos das Recht des Fussweges an Seite dieser einzelnen Gemeinde-Angehörigen, keineswegs aber an Seite der Gemeinde dargethan, weil hiezu der Beweis erforderlich ist, dass die letztere durch ihre gesetzliche Vertretung (den Gemeinde-Ausschuss und Ortsvorstand) den Beschluss auf Erwerbung des besagten Rechtes für die Gemeinde gefasst habe, was nicht einmal behauptet, geschweige denn erwiesen wurde. Der Gemeinde-Ausschuss hat zwar nach der Aufstellung jener Tafel die Einleitung des Processes beschlossen, dieser Beschluss ist jedoch als nach der vermeintlichen Störung gefasst, nicht zu beachten. Es fehlt aber auch an jedem Beweise, dass die Gemeindeglieder bei Ausübung des Gehrechtes ein der Gemeinde zustehendes Recht ausüben wollten; der Umstand, dass die den Fussweg Benützenden zugleich Gemeinde-Angehörige waren, ist an und für sich bedeutungslos.

Ad b) Allein auch bei Darthuung der Klagslegitimation würde es der Besitzstörungsklage an der rechtlichen Grundlage mangeln, weil die Klägerin zu diesem Behufe eine Handlungsweise der Belangten darthun müsste, wornach die factische Benützung des Gehrechtes entweder beeinträchtigt oder unmöglich gemacht würde, was durch die blosse Aufstellung der Tafel nicht erfolgt ist, da diese Handlungsweise sich höchstens als Nichtanerkennung des in Rede stehenden Rechtes darstellt.

Ueber Recurs der A bestätigte die II. J. die angefochtene E. aus deren richtiger Begründung mit dem Beifügen, dass durch die Aussagen der Zeugen blos die Benützung des Fussweges im eigenen Namen und nicht in jenem der Gemeinde erwiesen ist und weil ferner in der Aufstellung der Tafel keine Störung des Besitzes, sondern höchstens eine Berühmung liegt, dass das Eigenthum der Wiese von jeder Dienstbarkeit frei ist.

Der OGH bestätigte die E. II. J. unter Verwerfung der a. o. Revisionsbeschwerde wegen Abganges der Erfordernisse des Hofd. vom 15. Februar 1833, JGS Nr. 2593.

2640.

Bleiben die Streittheile von der Eidestagfahrt aus, so sind sie lediglich hievon zu verständigen.

E. v. 9. März 1892, Z. 2683. — (Praw. 21 ex 92, Seite 164.)

Gegen die in I. J. ergangene Verständigung der Streittheile, dass zur Eidesablegungstagfahrt im Wechselprocesse pcto. 28 fl. s. N. G. kein Theil erschienen ist, legte der Curator der belangten Masse den Recurs ein, weil das Gericht von Amtswegen festzustellen hatte, A habe den zugelassenen Haupteid nicht abgelegt, ganz in der gleichen Weise wie es im mündlichen und schriftlichen Verfahren die Parteien von der Beendigung eines Zeugenbeweises oder von der Ablegung eines Eides zu verständigen

hat (§ 300 wg. GO, dann Hofd. vom 19. October 1792, Nr. 63, und vom 15. December 1794, JGS Nr. 207).

Die II. J. wies jedoch den Recurs zurück, weil der angefochtene B. der Vorschrift des § 1 cit. entspricht und den Rechten der belangten Masse keinerdings präjudicirt, und der OGH bestätigte diese E. über a. o. Revisionsrecurs des genannten Curators, weil kein Gesetz vorschreibt, dass der Richter im Falle des Ausbleibens beider Theile von der Eidesablegungstagfahrt von Amtswegen erkennen soll, dass der Eid nicht abgelegt wurde, vielmehr nach den Bestimmungen der §§ 193 und 196 des kais. Pat. vom 3. Mai 1853, RGB Nr. 81 (Gerichts-Instruction), über das Vorgehen des Richters bei Tagfahrten und bei Erledigung der Tagfahrtsprotocolle der Richter in allen Fällen, wo, wie hier, eine E. betreff der Parteienrechte in Frage steht, durch die zu Protocoll gegebenen Anträge der Parteien gebunden ist, welche hier nicht vorlagen. Es konnte daher eine E. in der verlangten Richtung gar nicht geschöpft werden und erscheint mithin der vorliegende a. o. Revisionsrecurs als gegenstandslos.

2641.

Die Darthuung der Anhängigkeit der Anfechtungsklage ist nicht immer die Voraussetzung zur Bewilligung von Sicherungsmitteln im Sinne des § 46 des AG, sondern nur zur Erwirkung der bücherlichen Anmerkung der Anfechtungsklage.

E v. 9. März 1892, Z. 2749. — (JB 36 ex 92, Seite 432.)

I. LG Graz.
II. OLG Graz.

Dem A ist mit B. der I. J. zur Einbringung einer Forderung aus dem gerichtlichen Vergleiche vom 4. December 1876 Z. 37231 per 1500 fl. sammt Anhang die executive Einantwortung der der B gegen die Stadtgemeinde G. zustehenden Kaufschillingsforderung per circa 5000 fl. quoad summam concurrentem bewilligt und die Stadtgemeinde G. hiervon am 19. April 1891 verständigt worden. Als bei Fälligkeit des Kaufschillings die Stadtgemeinde G. zahlen wollte, stellte es sich heraus, dass B ihre Forderung ihrer Tochter C mit Cession vom 1. April 1891 abgetreten hatte, von welcher Cession die Stadtgemeinde G. schon am 3. April 1891 benachrichtigt worden war. A erklärte diese Cession für ein anfechtbares, ihm gegenüber rechtsunwirksames Scheingeschäft, protestirte gegen die Auszahlung des zu seiner Deckung erforderlichen Kaufschillingstheilbetrages per 2814·91 fl. und, nachdem er vom Beschlusse der Auszahlung des ganzen Kaufschillingsrestes an C verständigt worden war, überreichte er ein Gesuch um gerichtliches Verbot auf diesen Kaufschillingstheilbetrag, in welchem er hervorhob, dass er die Cession anfechten werde, dass er bei der Auszahlung des fraglichen Forderungsbetrages Gefahr laufe, seine

Forderung zu verlieren, da C das Geld beiseite schaffen könne, weiteres Vermögen der B ihm aber nicht bekannt sei. Zugleich erbat sich A zum Erlage einer Caution im Sinne des § 46 des AG und bat auch um die Verständigung der C von seiner Absicht, die fragliche Cession anfechten zu wollen, da er vor der Einbringung der Anfechtungsklage noch die Execution in das allfällige übrige Vermögen der B versuchen müsse.

Die I. J. hat das gerichtliche Verbot gegen Erlag einer Caution per 100 fl. binnen acht Tagen a. d. r. bewilligt.

Die II. J. hat diesen B. in Erwägung, dass nach § 46 des AG die Ersetzung der Bescheinigung einer Gefahr durch Caution nur im Anfechtungsprocesse zulässig ist; in Erwägung, dass sonach in dem vorliegenden Falle die Zulässigkeit des Verbotes nach den Bestimmungen des XXIX. Capitels der AGO zu beurtheilen ist; in Erwägung, dass nach § 283 AGO der Gläubiger nur dann befugt ist, die seinem Schuldner zugehörigen, in den Händen eines Dritten befindlichen fahrenden Güter mit Verbot zu belegen, wenn bei seinem Schuldner wegen Abganges anderer hinlänglicher Zahlungsmittel eine Gefahr besteht; in Erwägung, dass der Verbotswerber eine Gefahr wegen Abganges anderer Zahlungsmittel nicht bescheinigt hat; in Erwägung, dass der Beweis oder die Bescheinigung der Gefahr eine unerlässliche Voraussetzung der Verbotsbewilligung ist und durch die Caution nicht ersetzt werden kann; in Erwägung, dass bei dieser Sach- und Rechtslage der das angesuchte Verbot bewilligende B. gesetzlich nicht begründet ist, aufgehoben, das Verbotsgesuch des A abgewiesen.

Der OGH hat den erstrichterlichen B. wieder hergestellt, und zwar aus folgenden

Gründen:

Nach § 46 alinea 1 AG ist im Anfechtungsprocesse die Bewilligung von Sicherungsmitteln nach den bestehenden Gesetzen zu beurtheilen, und wird die Erwirkung eines solchen dadurch erleichtert und begünstigt, dass die Bescheinigung der Gefahr durch die Leistung einer Caution für die dem Anfechtungsgegner aus der Anwendung des Sicherungsmittels zustehenden Ansprüche ersetzt werden kann. Aus dieser gesetzlichen Bestimmung ergibt sich, dass für die Bewilligung eines gerichtlichen Verbotes die Vorschriften der §§ 283 u. ff. der AGO mit der der Rechtslage entsprechenden Anforderung massgebend sind, dass der Verbotswerber seinen Anfechtungsanspruch in der nach § 284 AGO vorgeschriebenen Weise darzuthun hat. Die gleichzeitige Einbringung der das Verbot rechtfertigenden Klage ist nach § 290 AGO nicht erforderlich und kann dieselbe auch in der daselbst bezeichneten Frist nachgetragen werden. Nur in dem Falle, wenn die Durchführung des Anfechtungsanspruches eine bücherliche Eintragung erfordert, hat nach § 46 alinea 2 des obcitirten Gesetzes der Anfechtungs-

berechtigte zur Erwirkung der bücherlichen Anmerkung der Anfechtungsklage auch die Anhängigkeit derselben darzuthun, wie dies der Beschaffenheit dieses Sicherungsmittels, welches eben in der Klagsanmerkung besteht, entspricht. Vorliegenden Falles geht aus dem Verbotsgesuche des A unzweifelhaft hervor, dass derselbe gegen C einen Anfechtungsanspruch erhebt, indem er sich durch die von Letzterer mit ihrer Mutter B abgeschlossene Cession vom 1. April 1891 für seine Forderung wider B aus dem gerichtlichen Vergleiche vom 4. December 1876, Z. 37231/6634, per 1500 fl. sammt Anhang gefährdet erachtet, und hat derselbe die C von seiner Absicht, obige Cession anzufechten, auch bereits im Sinne des § 33 des citirten Gesetzes in Kenntniss gesetzt. Da hiernach ein Anfechtungsanspruch vorliegt, und mit dem obigen Gesuche auch die übrigen Bedingungen zur Bewilligung eines gerichtlichen Verbotes nach § 283 u. ff. AGO und beziehungsweise § 46 AG nachgewiesen wurden, erscheint der dem Ansuchen willfahrende erstrichterliche B. gesetzlich gerechtfertigt und musste wieder hergestellt werden.

2642.

Die Frage, in welcher Religion ein Kind, dessen Eltern im Religionsbekenntnisse nicht übereinstimmen, zu erziehen sei, ist nach dem Ges. vom 25. Mai 1868, RGB Nr. 49, und § 140 ABG nicht von den Gerichten, sondern von den politischen Behörden zu entscheiden.

E. v. 9. März 1892, Z. 2961. — (GZ 27 ex 92, Seite 214.)

Die I. J. hat die Klage des Dr. S. als bestellten Curators für die minderjährige Emma N. gegen Wilhelm N. und dessen Gattin Margarethe N. wegen Ungiltigkeit des zwischen diesen Ehegatten über die religiöse Erziehung ihres unmündigen Kindes Emma abgeschlossenen Vertrages aufrecht verbeschieden.

Das OLG hat über den Recurs der Geklagten den erstrichterlichen B. aufgehoben und der I. J. aufgetragen, dem Kläger die ungehörigerweise bei Gericht überreichte Klage zurückzustellen, und zwar aus folgenden Erwägungen: Die Zuständigkeit des Gerichtes ist nach dem Inhalte der Klage und des darin gestellten Begehrens zu beurtheilen. Die vorliegende Klage hat zum Gegenstande die Wirksamkeit der zwischen den Geklagten bezüglich der religiösen Erziehung ihrer Tochter abgeschlossenen Uebereinkunft und begehrt die E., es seien durch jene Uebereinkunft die Vorschriften der Art. 1 und 2 des Ges. vom 25. Mai 1868, RGB Nr. 49, verletzt worden, und es sei Emma N. bis zu ihrem vollendeten 14. Lebensjahre in der katholischen Religion zu erziehen und zu unterrichten. Es handelt sich demzufolge um eine Angelegenheit, welche durch das vorangeführte Gesetz über die interconfessionellen Verhältnisse der Staatsbürger ihre Regelung gefunden hat. Nach Artikel 18 dieses Gesetzes ist die Voll-

ziehung der darin enthaltenen Bestimmungen der Cultusbehörde zugewiesen, daher gehört die E. confessioneller Fragen in den Bereich der Verwaltungsbehörden. Die Wirksamkeit der gegenständlichen Uebereinkunft der Eltern über die religiöse Erziehung ihrer Kinder ist demnach der Prüfung und E. des Gerichtes entzogen und kein Gegenstand eines Rechtsstreites. Die gegenwärtige Klage konnte daher nicht angenommen und aufrecht verbeschieden werden.

Der OGH hat in Erwägung, dass die vorliegende Klage in ihrer Wesenheit darauf gerichtet ist, ein gerichtliches U. des Inhaltes zu erwirken, dass die Geklagten verpflichtet seien, ihre Tochter Emma in der römisch-katholischen Religion zu erziehen und unterrichten zu lassen, in Erwägung, dass die Frage, in welcher Religion ein Kind, dessen Eltern in dem Religionsbekenntnisse nicht übereinstimmen, zu erziehen sei, nach dem Ges. vom 25. Mai 1868, RGB Nr. 49, und § 140 ABG nicht von den Gerichten, sondern von den politischen Behörden zu entscheiden ist, in Erwägung, dass daher die Klage gemäss § JN wegen offenbarer Unzuständigkeit der Gerichte von amtswegen zurückzustellen war, dem Revisionsrecurse des Curators Dr. S. keine Folge gegeben.

2643.

Der Beweis nach § 158 ABG ist erbracht, wenn der Beweispflichtige eine Thatsache erhärtet, aus welcher mit logischer Nothwendigkeit sich ergibt, dass er mit seiner Gattin das Kind nicht zeugen konnte.

E. v. 9. März 1892, Z. 1938. — (GZ 44 ex 92, Seite 349.)
I. BG Chotěbor.
II. OLG Prag.

Johann M. begehrte gegen den minderjährigen Franz M. durch den Curator Dr. M. das Erkenntniss, dass der von seiner Gattin Antonia M. am 18. August 1889 in der Landes-Gebäranstalt geborene Geklagte nicht als das Kind des Klägers anzusehen sei. Hierüber hat die I. J. erkannt: Dem Klagebegehren wird nur dann stattgegeben, wenn der Kläger den Erfüllungseid darüber ablegt, dass er in der kritischen Zeit mit seiner Gattin Antonia M. den Beischlaf nicht gepflogen hat.

Ueber die Appellation des Curators des minderjährigen Geklagten hat das OLG das Klagebegehren abgewiesen.

Gründe:

Nach § 158 ABG muss der Ehemann, welcher die eheliche Geburt eines Kindes betreitet, die Unmöglichkeit der von ihm erfolgten Zeugung des Kindes beweisen. Es handelt sich also lediglich um den Beweis des Umstandes, dass es ihm gar nicht möglich war, mit seiner Gattin den Beischlaf zu pflegen. Diesen Beweis hat jedoch der Kläger nicht erbracht,

denn schon die $1^1/_2$ Stunden betragende Entfernung beider Eheleute von einander schliesst jene Unmöglichkeit nicht aus, und da die einvernommenen Zeugen blosse Vermuthungen aussprechen, welche dahin gehen, dass die Eheleute M. in der kritischen Zeit niemals zusammengekommen sind, so ermangelt die Klage an jedweder Grundlage, weshalb dieselbe abzuweisen war.

Der OGH hat mit einer Berichtigung der Eidesformel das erstrichterliche U. wieder hergestellt.

Gründe:

Der § 158 ABG fordert von dem Manne, der die eheliche Geburt des von seiner Gattin geborenen Kindes bestreitet, den Beweis der Unmöglichkeit der von ihm erfolgten Zeugung, somit der Beweis eines Nonfactum. Dieser Beweis kann nur in der Art erbracht werden, dass der Beweispflichtige eine Thatsache oder einen Zustand durch gesetzliche Beweismittel erhärtet, aus denen mit logischer Nothwendigkeit der Schluss sich ergibt, dass er mit seiner Gattin dieses Kind nicht gezeugt hat, es auch nicht hat zeugen können. Als einen solchen Zustand behauptet der Kläger seine nur durch die Wege nach Ch. in Gesellschaft von drei Personen unterbrochene Anwesenheit in O. in den letzten fünf Jahren vor der Geburt des minderjährigen Franz M., während seine Gattin, die ihn schon nach $^3/_4$ Jahren nach der am 10. November 1879 erfolgten Verehelichung verlassen hatte und seitdem nicht mehr zu ihm zurückgekehrt war, in dieser Zeit bis zum Eintritte in die Prager Gebäranstalt am 23. Juli 1889 in Deutschbrod als Dienstbote lebte. Da der Curator des minderjährigen Franz M. diese Behauptungen des Klägers widersprochen hatte, so ist in Erwägung zu ziehen, inwiefern dem Kläger der hierüber angebotene Zeugenbeweis gelungen ist. Vor Allem muss hervorgehoben werden, dass Antonia M., die Gattin des Klägers und Mutter des minderjährigen Geklagten, welche auf die allgemeinen Fragestücke angab, dass sie mit Johann M., dem Zeugenführer, in Feindschaft lebe, weil er sie, so lange sie mit ihm lebte, stets geprügelt hat, bestätigt, dass sie den Kläger schon vor 11 Jahren verlassen, nach einem zwölfwöchentlichen Aufenthalte bei der Mutter in O. nach Deutschbrod sich begeben und hier bis zum Monate Juli 1889 gedient hat, worauf sie sich nach Prag in die Gebäranstalt begab, dass sie in den letzten fünf Jahren den Kläger Johann M. nicht gesehen habe, mit ihm nicht zusammengekommen sei und in dieser Zeit und insbesondere auch in den Jahren 1888 und 1889 mit ihm den Beischlaf nicht gepflogen habe. in dieser Zeit in O. gar nicht, in Ch. aber nur etwa fünf Wochen vor der Geburt ihres Sohnes Franz M., also erst im Monate Juli 1889, gewesen sei. Diese Aussage der Antonia M. ist nicht so bedeutungslos, wie es in den Entscheidungsgründen der II. J. darzustellen versucht wird, weil der Schlusssatz des § 158 ABG ihrer Aussage in diesem

Processe die Beweiskraft überhaupt nicht entzieht, sondern nur festsetzt, dass weder ein von ihr begangener Ehebruch, noch ihre Behauptung, dass ihr Kind unehelich sei, „für sich allein“ demselben die Rechte der ehelichen Geburt entziehen können, ihr Geständniss oder Zeugniss somit, wenn andere Beweismittel nicht hinzutreten, den vollen gerichtsordnungsmässigen Beweis zu erbringen, nicht geeignet sind. Dagegen liegt kein Anstand vor, ihre Zeugenaussage nach den Vorschriften der allgemeinen Gerichtsordnung zu prüfen und ihr jene Beweiskraft beizumessen, die ihr nach diesem Gesetze und nach ihrem Verhältnisse zu dem Kläger als Gatten und dem Geklagten als Sohne zukommt, sonach diese Zeugenaussage mit jener der übrigen vernommenen Zeugen in Verbindung zu bringen. Von diesen bestätigt der unbedenkliche Johann S., Hausgenosse des Klägers, dass Antonia M. ihren Ehegatten nach $^3/_4$jähriger ehelicher Gemeinschaft verliess, zuerst drei Monate bei ihrer Mutter in H. sich aufhielt, hierauf nach Deutschbrod sich begab, in den letzten fünf Jahren nach O. gar nicht kam, mit dem Kläger in dieser Zeit nicht zusammenkam, dass dieser in derselben Zeit in O. bei Tag und Nacht sich aufhielt und nur in Gesellschaft anderer Weber nach Ch. sich begab und von hier mit ihnen wieder nach Hause kam, dass eine Zusammenkunft der Eheleute Johann und Antonia M. nur in der Zeit möglich gewesen wäre, wenn der Zeuge in der Nacht geschlafen habe. Wenn diese Aussage ihrem wesentlichen Inhalte nach auch von den unbedenklichen Zeugen, und zwar dem Gemeindevorsteher Johann B., ferner von Johann H., von den Eltern des Klägers Johann und Anna M. und einer Schwester Maria M., mit denen er im gemeinschaftlichen Haushalte lebt, seinem Schwager Josef D., Johann D., seiner Schwägerin Anna D., bestätigt wird, wenn auch die Mutter der Antonia M. und Schwiegermutter des Klägers dieselben Aussagen rücksichtlich der Zeit bis zum Jahre 1888 machte und hinzufügte, dass ihre Tochter Antonia M. die letzten fünf Jahre in O. und Ch. nicht gewesen ist, womit auch die Zeugen Johann M. und Josefa S. übereinstimmen: so ist hiedurch sogar der volle Beweis darüber erbracht, dass Kläger in den Jahren 1888 und 1889 und insbesondere in der Zeit von nicht mehr als zehn Monaten und nicht weniger als sechs Monaten, von der Geburt des minderjährigen Franz M. zurückgerechnet, nur in O. sich aufhielt, in dieser Zeit nur nach Ch. in Gesellschaft von Webern sich begab, während Antonia M. in Deutschbrod in Diensten sich befand. Aus dieser Thatsache folgt, dass Kläger mit seiner Gattin nicht zusammenkommen, mit ihr den Beischlaf nicht pflegen, sonach mit ihr das von ihr am 18. August 1889 geborene Kind nicht erzeugt haben konnte. Wenn nun die I. J. von dem Kläger auch noch den Eid fordert, dass er seiner Gattin in der Zeit, von welcher bis zum 18. August 1889 nicht mehr als zehn und nicht weniger als sechs Monate verstrichen sind, fleischlich nicht beigewohnt hat, wenn seinem Klagebegehren stattgegeben werden

soll, der Kläger dieses U. nicht in Beschwerde gezogen hat, so musste in III. J. nur auf Wiederherstellung dieses U. erkannt werden.

2644.

Zur Begründung der Klage nach Art. 83 WO hat der Kläger nachzuweisen, dass der Geklagte die Valuta erhalten, dem Kläger keinen Gegenwerth gegeben, den erhaltenen Werth noch in Händen und sich sohin auf Kosten des Klägers bereichert hat.

E. v. 9. März 1892, Z. 2371. — (JB 18 ex 92, Seite 216.)

I. BG Brünn.
II. OLG Brünn.

Die Firma A belangte als Inhaberin der verjährten Accepte des B per 15. Juni 1876 und 15. Juli 1876 über je 25 fl. den letzteren auf Zahlung von 50 fl.

Die I. J. hat den Geklagten zur Zahlung des Theilbetrages per 45 fl. verurtheilt, bezüglich des Restbetrages von 5 fl. die Klage aber abgewiesen; dies aus nachstehenden

Gründen:

Die klagende Firma behauptet, dass sie dem Geklagten am 23. März und 13. April 1875 auf Borg um 1960·49 fl. verkaufte Tuchwaaren geliefert habe, und dass der Geklagte im Vergleichswege anstatt des Kaufschillings am 4. October 1875 baare 500 fl. und 24 Stück in der Zeit vom 15. März 1876 bis 15. Februar 1878 nach je einem Monate fällige Accepte zu je 25 fl. gegeben habe. Auf Grund dieser vom Geklagten theils zugegebenen, theils nicht widersprochenen und daher für wahr zu haltenden Umstände stellt die Klagsfirma, die sich mit dem Besitze der von ihr ausgestellten, am 15. Juni 1876 und 15. Juli 1876 fälligen, daher gemäss Art. 77 WO offenbar verjährten Wechsel per je 25 fl. ausweist, das Begehren auf Zahlung von 50 fl., da nach Art 83 WO der Acceptant, wenn dessen wechselmässige Verbindlichkeit durch Verjährung erloschen ist, dem Wechselinhaber so weit verpflichtet bleibe, als er sich mit des letzteren Schaden bereichern würde. Bei Würdigung der Voraussetzungen einer nach Art. 83 WO angebrachten Klage ist vor Allem in's Auge zu fassen, ob dem Kläger der Beweis obliege, dass die wechselmässige Verbindlichkeit des Geklagten wirklich durch Verjährung und nicht durch Zahlung oder eine andere Leistung (Assignation, Novation, Compensation etc.) erloschen sei. Diese Frage ist wohl zu verneinen; denn abgesehen davon, dass dem Kläger nicht der Beweis der Negation aufgebürdet werden kann, (argum. JME vom 4. April 1856, Z. 22.497), ein directer Beweis über ein negatives Factum, über eine Nichtereignung, hier die Nichtzahlung, nicht denkbar ist, ist durch die Innehabung des

Wechsels mit Rücksicht auf die Bestimmung des Art. 39 WO, dass der Wechselschuldner nur gegen Aushändigung des quittirten Wechsels oder Quittirung der Theilzahlung auf dem Wechsel zu zahlen verpflichtet ist, die Vermuthung geschaffen, dass eine Erfüllung der wechselmässigen Verbindlichkeit nicht stattgefunden habe. Es ist also Sache des Geklagten, eine solche vor dem Eintritte der Verjährung stattgefundene Erfüllung zu behaupten und zu beweisen. (Nach dem Eintritte der Verjährung ist eine „Bereicherungsklage" actio nata, daher eine diesem Zeitpunkte nachgefolgte Zahlung aufliegend vom Geklagten zu beweisen ist.) Der Geklagte wendet in der That ein, dass die zwei obbezeichneten Wechsel gezahlt seien, ohne jedoch anzuführen, wann und in welchen Beträgen er gezahlt habe. Da nun mit Berücksichtigung des Umstandes, dass 25 dem Betrage nach gleiche Wechselforderungen bestanden, und dass innerhalb der Verjährungszeit, d. i. bis 15. Juli 1879, nach der unwidersprochenen Angabe des Klägers wiederholte Theilzahlungen von 10 fl. stattgefunden haben, die Angabe der näheren Thatumstände, aus welchen sich schliessen liesse, dass die zur Zahlung gegebenen Beträge gerade auf die Klagewechsel sich beziehen, unbedingt gefordert werden muss (§§ 1412, 1415 und 1416 ABG), so erscheint die obige Behauptung des Geklagten als viel zu unbestimmt, weshalb auch auf das einzige angebotene Beweismittel, den Haupteid, nicht erkannt werden konnte. Es ist somit als feststehend anzunehmen, dass jene zwei Wechsel verjährt sind. Nachdem dieselben aber einen Theil des Kaufschillings für die von der Klägerin gelieferten Tuchwaaren bilden, und der Geklagte in diesen Tuchwaaren den vermögensrechtlichen Gegenwerth empfangen hat, so erscheint hiermit von selbst die Bereicherung auf seiner Seite und der Schaden auf Seiten der Klägerin gegeben. Es erscheint also bei Vorhandensein der Erfordernisse des Art. 83 WO der Klagsanspruch begründet, bis auf einen Theilbetrag von 5 fl. Bezüglich des Theilbetrages per 5 fl. ist zu bemerken, dass nach den Angaben der Klägerin der am 15. März 1876 fällige Wechsel per 25 fl. eingelöst wurde, und dass auf die übrigen 23 Wechsel à 25 fl., zusammen 575 fl., in der Zeit vom 22. December 1878 bis 20. April 1890 in Theilbeträgen zu 10 fl., 15 fl. etc. bis 50 fl., zusammen 530 fl. gezahlt worden seien, so dass nach Angabe der Klägerin selbst nur noch 45 fl. unberichtigt wären. Es musste also bezüglich des Theilbetrages von 5 fl. die Klage als unbegründet abgewiesen, im Uebrigen aber derselben stattgegeben werden, umsomehr, als der Geklagte es abgelehnt hat zu behaupten und unter Beweis zu stellen, dass noch andere als die von der Klägerin angeführten Abstattungen geleistet worden wären.

Ueber Appellation des Geklagten hat die II. J. die E. I. J. in ihrem abweislichen Absatze als nicht angefochten unberührt gelassen, im Uebrigen aber abgeändert und die Klage auch bezüglich des Theilbetrages per 45 fl. abgewiesen.

Gründe:

Die gegen den Absatz des erstrichterlichen U., gemäss welchem der Geklagte zur Zahlung des Theilbetrages per 45 fl. verurtheilt wurde, gerichtete Appellation des Geklagten ist gerechtfertigt, denn nach der ganz präcisen Bestimmung des Art. 83 WO hat Derjenige, welcher auf Grund eines präjudicialen Wechsels einen Bereicherungsanspruch erhebt, zu behaupten und eventuell zu beweisen, dass er (der Kläger) durch die eingetretene Präjudicirung des Wechsels einen Schaden erlitten, und dass der Geklagte mit dem diesem Schaden entsprechenden Vortheile sich bereichert habe. Im vorliegenden Falle besteht nach der Darstellung der Klagsfirma die Bereicherung des Geklagten darin, dass er Schafwollwaaren um 1960·49 fl. seitens der Klagsfirma geliefert erhalten habe, zu deren Begleich laut des mit dem Geklagten getroffenen Ausgleiches ein von letzterem baar bezahlter Betrag per 500 fl. und 24 Wechsel à 25 fl. zu dienen hatten, wogegen der Schaden der Klagsfirma darin gelegen sein soll, dass zwei dieser Wechsel vom Geklagten nicht eingelöst wurden und der wechselmässige Anspruch aus demselben durch Verjährung erloschen ist. Den Erhalt der Schafwollwaaren und die Art der Begleichung des Kaufpreises hat der Geklagte zugestanden und bedarf sohin dieses Moment keines weiteren Beweises. Dagegen hat der Geklagte die unterbliebene Begleichung der beiden am 15. Juni und 15. Juli 1876 fällig gewordenen beiden Accepte bestritten. Auch dieses Moment hat gemäss §§ 3 und 104 AGO die Klagsfirma zu erweisen, da sowohl das Vorhandensein eines Schadens an Seite der Klagsfirma, als auch einer Bereicherung an Seite des Geklagten erst die Grundlage der Klage bildet, und es kann dem Geklagten nicht auferlegt werden, die erfolgte Bezahlung als eine den Klagsanspruch aufhebende Thatsache zu behaupten und darzuthun. Nicht beigepflichtet kann der Anschauung des ersten Richters werden, dass der Beweis über eine Nichtereignung nicht denkbar sei; die Zulässigkeit eines solchen Beweises steht nach dem Hofd. vom 18. Februar 1846, JGS Nr. 935, und der a. h. Entschliessung vom 19. Juli 1847, JGS Nr. 1068, ausser Frage. Auch die aus dem Besitze der Wechsel und der Bestimmung des Art. 39 WO abgeleitete Vermuthung kann die Klagsfirma von der Pflicht der Beweisführung über die unterbliebene Bezahlung der Wechsel nicht befreien, zumal die Zahlungen vielfach in Raten unter 25 fl. erfolgten und dadurch schon die Zurückstellung der Wechsel bei einzelnen Zahlungen ausgeschlossen war, aus der Processverhandlung überdies hervorgeht, dass die Klagsfirma auch wirklich bezahlte Wechsel erst später zurückstellte. Durch die Zugeständnisse des Geklagten ist dargethan, dass der erste der 24 Wechsel à 25 fl. pünktlich eingelöst wurde, und dass der Geklagte auf die übrigen 23 Accepte à 25 fl., gleich 575 fl., in verschiedenen Theilbeträgen 530 fl. abstattete. Die unterbliebene Bezahlung des Restbetrages per 45 fl. wurde von der Klagsfirma zwar behauptet, aber

nicht unter Beweis gestellt, trotzdem der erste Richter die Klagsfirma hierzu wiederholt mit den B. vom 10. Februar 1891, Z. 2456, und vom 27. August 1891, Z. 24.686, aufgefordert hatte. Mit Rücksicht hierauf und auf die von der Klagsfirma in dem Protocolle ddto. 14. September 1891 direct erklärte Weigerung, der Aufforderung des Gerichtes zu entsprechen, kann eine Ergänzung der Verhandlung nicht weiter versucht, sondern muss die Klagsseite, welche, wie betont, eine der Grundlagen der Klage (den erlittenen Schaden) nicht erwiesen hat, in Abänderung des erstrichterlichen U. mit dem Klagebegehren abgewiesen werden. Dadurch entfällt auch die Erörterung, ob der Geklagte die erfolgte Bezahlung der zwei Accepte bewiesen habe, oder ob derselbe zur Führung eines Beweises über die von ihm diesfalls aufgestellte Behauptung zuzulassen sei.

Ueber die Revisionsbeschwerde der Klagsfirma hat der OGH das in seinem sonstigen Inhalte unberührt bleibende oberlandesgerichtliche U. in seinem das erstrichterliche U. abändernden Ausspruche zu bestätigen befunden, und zwar aus nachstehenden

Gründen:

Wie das OLG in seinen Gründen richtig anführt, ist es nach §§ 3 und 104 AGO Pflicht des Klägers, das Factum, woraus er sich ein Recht erwachsen zu sein glaubt, vollständig mit allen Umständen, welche zur Bewährung seines Rechtes dienlich sein können, zu erweisen. Vorliegend stützt die klägerische Firma ihren Klagsanspruch auf die Bestimmung des Art. 83 WO, somit auf den Rechtsgrund der Bereicherung des Belangten, und muss daher die in dieser Gesetzesstelle enthaltenen Voraussetzungen, nämlich die Bereicherung seitens des Belangten und den erlittenen Schaden auf ihrer Seite nachweisen. Diesen Beweis hat aber die klägerische Firma nicht einmal angeboten; denn wie die obergerichtlichen Urtheilsgründe ganz richtig hervorheben, hat die Klägerin ihre Beweislast lediglich auf die Behauptung beschränkt, dass von den in Frage stehenden 24 Wechseln à 25 fl. zwei, und zwar die am 15. Juni und 15. Juli 1876 fällig gewordenen, im Gesammtbetrage von 50 fl. vom Geklagten nicht beglichen worden sind, ohne zugleich diese Behauptung unter Beweis gestellt zu haben, trotzdem sie vom ersten Richter wiederholt zur Beweisantretung hierüber aufgefordert wurde. Dem Obgesagten zufolge aber hätte doch die Klägerin nachweisen müssen, dass der Geklagte die Valuta für die einzelnen Wechsel erhalten hat, dass er der Klägerin keinen Gegenwerth dafür gab, dass er den erhaltenen Werth zum Nachtheile der Klägerin noch in Händen hat, und sich so auf ihre Kosten bereichert. Das Alles hat jedoch die klägerische Firma unterlassen, weshalb sie mit hrem Klagsansprnche wegen Mangel des Nachweises der zur Begründung desselben nach Art. 83 WO erforderlichen Voraussetzungen abzuweisen und folglich das in seinem abändernden Ausspruche dieser Anschauung Rechnung tragende oberlandesgerichtliche U. zu bestätigen war.

2645.

1. Wenn dem Besteller ein über die Bestellung hinausgehendes Waarenquantum zugesendet wird, so ist er zur Dispositionsstellung berechtigt. 2. Der Kläger hat, im Falle die Rechtzeitigkeit der Bemängelung strittig ist, den Zeitpunkt des Einlangens der Waare zu beweisen.

E. v. 9. März 1892, Z. 2363. — (JB 43 ex 92, Seite 516.)
I. BG Wien, innere Stadt I.
II. OLG Wien.

Die Firma J. G. in Währing belangte den V. J. in Tisza-Ujhely auf Zahlung des Kaufpreises per 65·52 fl. für ein ihm von der klägerischen Firma geliefertes Fass Maschinenöl. Der Geklagte wendete gegen die Klage ein: 1. dass, obwohl er bei dem klägerischen Agenten blos eine Quantität von 100 Kilogramm Oel bestellt habe, ihm laut der von der klägerischen Firma selbst vorgelegten Factura ein Barrel Oel im Nettogewichte von 182 Kilogramm um den Betrag von 65·52 fl. geliefert wurde, 2. dass das gelieferte Oel nicht mustergemäss war und 3. dass ungeachtet das Oel vereinbarungsgemäss franco Tisza-Ujlak lieferbar war, die hiefür entfallende Fracht per 8 fl. von der klägerischen Firma nicht bezahlt wurde. Geklagter behauptete auch, dass er in Folge dessen das Oel mittelst Schreibens vom 4. December 1888 beanständet und der klägerischen Firma zur Disposition gestellt habe.

Die I. J. hat das Klagebegehren abgewiesen aus folgenden

Gründen:

Was die von der klägerischen Firma bestrittene Rechtzeitigkeit der Dispositionsstellung des fraglichen Oeles betrifft, hat die klägerische Firma die Dupliksbehauptung des Geklagten, dass er die Sendung am 1. December 1888 erhalten habe, im Schliesslich nicht ausdrücklich widersprochen, sondern blos die Gegenbehauptung aufgestellt, dass laut des Aufgabsrecepisses E vom 21. November 1888 das Einlangen der Waare bei dem Geklagten auf den 23. November 1888 fixirt werden könne, ohne jedoch hiefür einen gerichtsordnungsmässigen Beweis anzubieten, denn es bedarf wohl keiner näheren Begründung, dass ein solcher Beweis durch das erwähnte Recepisse nicht als erbracht anzusehen ist. Es ist daher der 1. December 1888 als Zeitpunkt des Erhaltens der Waare anzunehmen, weil der diesbezügliche, erst im Endlich enthaltene Widerspruch als verspätet nicht mehr zu berücksichtigen ist. Wenn nun Geklagter, wie er gleichfalls schon duplicando behauptet, und was die klägerische Firma erst im Letztlich, somit ebenfalls verspätet, widersprochen hat, was übrigens auch aus dem von ihr selbst unterfertigten Antwortschreiben vom 10. December 1888, in welchem sich ausdrücklich auf das Schreiben des Geklagten vom 4. December 1888 bezogen wird, hervorgeht, die Waare bereits an dem letzteren Tage zur Verfügung gestellt hat, so muss diese Dispositions-

stellung im Sinne des Art. 347 Abs. 1 HGB zweifellos als eine rechtzeitig erfolgte angesehen werden. Was nun die Frage der Rechtmässigkeit derselben betrifft, so muss auch diese zu Gunsten des Geklagten bejaht werden, weil Letzterer laut des Bestellscheines D ein Barrel feinstes Maschinenöl (nach seiner Angabe im Gewichte von 100 Kilogramm) um den Preis von 36 fl. bestellt hat, während ihm laut Factura B ein Barrel mit dem Nettogewichte von 182 Kilogramm um 65·52 fl. geliefert wurde, und weil die Behauptung der klägerischen Firma, dass der auf dem Bestellschein ersichtliche Preis von 36 fl. nur der Einheitspreis für 100 Kilogramm Oel sei, der Preis für ein Barrel aber im Vorhinein unbestimmbar ist, da das Quantum des Oeles bei einem solchen nicht in's kleinste Detail im Voraus festgesetzt werden könne, für die E. aus dem Grunde irrelevant ist, weil Geklagter nur zugegeben hat, 100 Kilogramm Oel bestellt zu haben, dies überdies auch durch den Zeugen J. U. bestätigt wurde, und weil nach der Aussage der Sachverständigen Barrels mit 100 Kilogramm am häufigsten im Handelsverkehre vorkommen. Es würde sonach der Beweis für die erfolgte Bestellung des thatsächlich gelieferten Oelquantums von 182 Kilogramm der klägerischen Firma obliegen, nachdem aber in dem diesfalls vorgelegten Bestellscheine ein bestimmtes Quantum Oel gar nicht genannt ist, ein anderer Beweis in dieser Richtung von ihr nicht angeboten, ja gar nicht einmal behauptet wurde, dass Geklagter thatsächlich 182 Kilogramm bestellt habe, und nachdem endlich ihre Behauptung, dass ein Barrel nur eine bestimmte Gewichtsmenge Oel, und zwar von 170 bis 200 Kilogramm bezeichne, durch die Aussage der Sachverständigen geradezu widerlegt wurde, indem nach derselben ein Barrel nicht die Gewichtsmenge, sondern die Verpackungsart bezeichnet und auch schon Barrels von 50 Kilogramm aufwärts im Handel vorkommen, war das Klagebegehren unbedingt abzuweisen, ohne dass ein Eingehen in die übrigen Einwendungen des Geklagten nöthig erscheint.

Ueber Appellation der Klägerin hat die II. J. die E. I. J. abgeändert und dem Klagebegehren für den Fall stattgegeben, wenn Klägerin den ihr aufgetragenen Haupteid dahin ablegt: „Es sei ihres Wissens und Erinnerns nicht wahr, dass der von ihr am 21. November 1888 an den Geklagten abgesendete Barrel Maschinenöl bei demselben erst am 1. December 1888 angelangt sei.

Gründe:

Der Appellation der Klägerin, welche gegen die unbedingte Abweisung der Klage, ohne auf den vom Geklagten angebotenen Beweis der Rechtzeitigkeit seiner Reclamation abzugehen, gerichtet ist, war stattzugeben. Denn der Käufer hat die Vertragswidrigkeit der von einem anderen Orte übersendeten Waare nach Art. 347 HGB dem Verkäufer sofort anzuzeigen, widrigens die Waare als genehmigt gilt. Nun hat Geklagter

behauptet, dass er das an ihn von der Klägerin laut Recepisses E am 21. November 1888 aufgegebene Barrel Oel erst am 1. December 1888 erhielt und nach sofortiger Untersuchung und Constatirung der Vertragswidrigkeit der Waare dieselbe der Klägerin mittelst Schreiben vom 4. December 1888 unter Anzeige der Mängel zur Verfügung stellte. Dass die Klägerin diesen Brief erhielt und darin auch die Qualität der Waare bemängelt wurde, geht aus dem in Ansehung seiner Echtheit nicht bestrittenen Antwortschreiben der letzteren vom 10. December 1888 hervor. Die Klägerin hat jedoch in ihrem Schliesslich unter Hinweis auf den Umstand, dass die am 21. November 1888 aufgegebene Waare schon am 23. November 1888 angelangt sein könne, die Rechtzeitigkeit der Reclamation sowie im Endlich noch ausdrücklich bestritten, dass die Waare erst am 1. December 1888 angelangt sei, weshalb über den, die Rechtzeitigkeit der Reclamation begründenden Thatumstand, nämlich das Anlangen der Waare beim Geklagten am 1. December 1888, in Ermanglung anderer Beweismittel, auf den Beweis durch den der Klägerin vom Geklagten referibel aufgetragenen negativen Haupteid nach § 36 SP erkannt und mit Hinblick auf das Ergebniss des Sachverständigenbeweises, von dessen Ablegung der Ausgang des Rechtsstreites abhängig gemacht werden musste. Klägerin hat zwar diesen Eid als unzulässig erklärt, weil sie von der betreffenden Thatsache aus eigener Wahrnehmung keine Kenntniss habe, allein auch über solche Thatsachen, von welchen der Delat auch auf anderem Wege als durch eigene persönliche Wahrnehmung Kenntniss erlangt haben kann — wie im vorliegenden Falle — ist der Beweis durch den referiblen Haupteid zulässig.

Ueber die Revisionsbeschwerde des Geklagten hat der OGH die E. II. J. abzuändern und die E. I. J. wieder herzustellen befunden, und zwar aus nachstehenden

Gründen:

Nach dem vorliegenden Bestellscheine hat der Geklagte bei dem Agenten der klagenden Firma ein Barrel Oel um 36 fl. bestellt. Die Quantität, welche zu diesem Preise geliefert werden sollte, ist aus dem Bestellscheine nicht ersichtlich, und die Angabe der klagenden Firma, dass ein Barrel eine bestimmte Gewichtsmenge bezeichne, findet in dem vorliegenden Ausspruche der Sachverständigen keine Unterstützung. Hiernach erscheint durch den Bestellschein keineswegs die Bestellung jener Quantität, welche thatsächlich geliefert wurde, sondern nach dem Gutachten der Sachverständigen bei der für die klagende Firma günstigsten Auffassung die Bestellung eines Barrels à 100 Kilogramm dargethan. Der vorliegende Ausspruch der Sachverständigen ist zur Herstellung des Beweises über die diesbezüglichen Umstände vollkommen geeignet. Nun hat die klagende Firma mehr als 100 Kilogramm, also mehr gesendet,

als selbst bei der für die klagende Firma günstigsten Auffassung als vereinbart angenommen werden kann; der Geklagte war daher schon aus diesem Grunde berechtigt, die Waare zur Disposition zu stellen. Was die Notification im Sinne des Art. 347 HGB anbelangt, so hat allerdings der Geklagte zu beweisen, dass er sofort nach dem Anlangen der Waare dieselbe untersucht und die Mängelanzeige erstattet habe; den Zeitpunkt des Einlangens hat der Kläger zu beweisen, es gehört dieser Zeitpunkt, wie überhaupt das Einlangen der Waare mit den wesentlichen begleitenden Umständen zum Klagegrunde. Im gegebenen Falle obliegt übrigens der Beweis der Zeit des Einlangens der klagenden Firma auch schon darum, weil nach der Entfernung des Destinationsortes angenommen werden muss, dass die Waare nicht schon am zweiten Tage der Absendung dem Geklagten zugekommen sei, und sie demnach den Beweis zu führen hat, dass von der diesfalls anzunehmenden Regel eine Ausnahme eingetreten sei. Der Geklagte hat mithin nicht die Verpflichtung, den Vertrag zu erfüllen, wornach der erste Richter das Klagebegehren mit Recht abgewiesen hat.

2646.

Die Ansprüche eines Arztes, welcher zur Behandlung der Fabriksarbeiter und der Fabriksbeamten angestellt wurde, aus diesem Verhältnisse gegen den Eigenthümer der Fabrik gehören zur handelsgerichtlichen Competenz.

E. v. 9. März 1892, Z. 2402. — (GH 25 ex 92, Seite 212.)

I. KG Königgrätz.

II. OLG Prag.

Der Kläger behauptete, dass ihm Geklagter im December 1881 den Antrag stellte, bei ihm als Fabriksarzt einzutreten; derselbe habe sich theils ausdrücklich, theils durch concludente Handlungen verpflichtet, ihm (Kläger) einen jährlichen Gehalt von 1000 fl. nebst 150 fl. Neujahrsgeld, ferner freie Wohnung, Beheizung und Beleuchtung zu gewähren, und ihm eine Equipage zur vollen freien Verfügung zu stellen, möglicherweise bei Vermehrung der Arbeit die Bezüge zu erhöhen, und ihm überhaupt eine vollkommen gesicherte lebenslängliche Anstellung zu geben. Er (Kläger) habe daraufhin diese Anstellung als Fabriksarzt gegen die seinerseitige Verpflichtung angenommen, dass er unentgeltlich die Beamten und Arbeiter der Fabrik ärztlich behandeln werde. Obwohl Geklagter mit ihm seit seinem Antritt, welcher am 1. Februar 1882 erfolgte, vollkommen zufrieden war und seit 1885 ihm einen Gehalt jährlicher 2160 fl. und 300 fl. Neujahrsgelder bei sonst gleichgebliebenen Nebenbezügen zahlte, ihn nebstbei durch den Pensionsverein für Angestellte des Handels und Gewerbes bei der wechselseitigen Lebensversicherungsgesellschaft „Janus“ versicherte, namentlich

laut Versicherungsvertrag Nr. 57551, über ein Capital von 5000 fl., laut Nr. 1911, über eine Rente von 600 fl., laut ad Nr. 57551, betreffend die nachträgliche Versicherung für den Kriegsfall und laut Nr. 63143 über ein Capital per 3900 fl., und von den darauf zu zahlenden Prämien zwei Drittel aus Eigenem zu zahlen sich verpflichtete und auch zahlte: so gab er ihm dennoch am 25. April 1889 brieflich zu wissen, das zwischen ihnen bestehende Dienstverhältniss mit dem 30. Juni 1889 lösen zu müssen, und hat auch seine Enthebung vom Dienstposten am 30. September 1889 durchgeführt, demzufolge Kläger auch unter Wahrung seiner Entschädigungsansprüche die Stelle verlassen hatte. Auf Grund dieses und auf die Bestimmungen der §§ 1295 und 1324 ABG sich stützend, verlangte nun Kläger vom Geklagten Schadloshaltung, weil derselbe den Vertrag eigenmächtig gelöst hatte, und stellte demnach die Bitte, es möge erkannt werden, der Geklagte sei schuldig: 1. ihm für die statt seiner gezahlten zwei Drittel der Versicherungsprämien 397·91 fl.; 2. den an seinem Einkommen erlittenen Ausfall von jährlichen 2040·88 fl. für die Zeit vom 1. October 1889 bis Ende Februar 1891 im Betrage von 2891 fl. $24^2/_3$ kr. und 3. für den ad 2. erwähnten jährlichen Ausfall vom 1. März 1891 auf seine Lebensdauer ein Capital von 15.000 fl. zu bezahlen, eventuell ihm am 1. März jedes der folgenden Jahre bis einschliesslich 1907 je einen Betrag von 2040·88 fl. und am 1. October 1907 den entfallenden Betrag von 1190 fl. $51^2/_3$ kr. zu bezahlen.

Dagegen wendete der Geklagte ein, dass das angerufene Gericht unzuständig sei, indem er darauf hinwies, dass er als Besitzer einer Baumwollfabrik und als protocollirter Kaufmann mit dem Kläger den Lohnvertrag zu dem Behufe abgeschlossen und ihn als Fabriksarzt dazu in Dienste genommen hatte, damit er gegen bestimmte Entlohnung seine Beamten und Arbeiter in der genannten Fabrik ärztlich behandle, daher dieser Vertrag nach den Art. 271, 272, 273 und 274 HGB beurtheilt und daher gemäss §§ 38 ad 1 und 39 ad 2 des Einführungsgesetzes zum HGB die darauf basirende Klage der Handelsgerichtsbarkeit zugewiesen werden müsse.

Die I. J. hat dieser Einwendung stattgegeben und die Klage wegen Unzuständigkeit dieses Gerichtes ab und an das zuständige HG gewiesen.

Gründe:

Die vom Geklagten erhobene Einwendung der Unzuständigkeit des angerufenen Gerichtes erscheint im Gesetze begründet, da der Kläger die eingewendete Eigenschaft des Geklagten als eines Kaufmannes im Sinne des Art. 4 HGB stillschweigend zugestanden hat, daher selbe gemäss § 104 AGO als erwiesen angenommen werden muss, auch zugibt, dass er vom Geklagten als Fabriksarzt zur Behandlung der kranken Beamten und Arbeiter seiner Baumwollfabrik gegen bestimmte jährliche Entlohnung auf-

genommen wurde, diese Stellung nicht anders als die eines Fabriksbeamten oder einer anderen im Gewerbe des Geklagten angestellten nicht blosse Gesindedienste verrichtenden Person angesehen werden muss, folglich der zwischen dem Kläger und dem Geklagten abgeschlossene Lohnvertrag auf Seite des Geklagten im Sinne der Art. 273, 274 ad 1 HGB ein Handelsgeschäft ist, Streitigkeiten aber, welche aus derlei Geschäften hervorgehen, nach §§ 38 ad 2 und 39 ad 2 des Einführungsgesetzes zum HGB der Handelsgerichtsbarkeit zuzuweisen sind. Es musste daher der Incompetenzeinwendung stattgegeben und der Kläger mit seiner Klage gemäss § 1 JN wegen Unzuständigkeit des angerufenen Gerichtes abgewiesen und an das Causalgericht, nämlich das KG als HG verwiesen werden.

Ueber Appellation des Klägers hat die II. J. die E. I. J. abgeändert, die vom Geklagten erhobene Incompetenzeinwendung verworfen und der I. J. verordnet, nach Rechtskraft dieses obergerichtlichen Erkenntnisses in der Hauptsache das weitere Amt zu handeln.

Gründe:

Es handelt sich vorliegend um die Lösung der Frage, ob das Rechtsverhältniss aus einem Vertrage, welchen ein Fabriksbesitzer und im Handelsregister eingetragener Kaufmann mit einem Arzte, der die in der Fabrik angestellten Personen ärztlich zu behandeln hat, abgeschlossen hat, unter die Bestimmung des § 39 ad 2 des Einführungsgesetzes zum HGB fällt und die Handelsgerichtsbarkeit begründet. Ein Arzt, wenn er auch zu dem Zwecke aufgenommen wurde, um die in einer Fabrik beschäftigten Arbeiter und die daselbst angestellten Personen zu behandeln, gehört nicht zu den im § 39 ad 2 des Einführungsgesetzes zum HGB angeführten Personen, da es keinem Zweifel unterliegt, dass er nicht zu den Procuristen oder Handlungsbevollmächtigten und Gehilfen gezählt werden kann, und auch zu den Personen, die in dem Gewerbe angestellt sind und nicht blos Gesindedienste verrichten, nicht gehört, indem die Dienste eines Arztes nicht zum Betriebe des Gewerbes nothwendig sind, und der Arzt mit dem Betriebe des Gewerbes in keiner Verbindung steht, da er nur die in dem Gewerbe beschäftigten Personen ärztlich zu behandeln hat. Es können demnach in dem gegenwärtigen Falle die Bestimmungen des § 39 ad 2 des Einführungsgesetzes zum HGB nicht zur Anwendung gebracht werden, und erscheint die Einwendung der Incompetenz nicht begründet. Es musste daher das U. I. J. abgeändert werden.

Ueber die Revision des Geklagten hat der OGH die E. I. J. wieder herzustellen befunden.

Gründe:

Das erstrichterliche U. wurde aus der ihm beigefügten, der Sachlage und dem Gesetze entsprechenden Begründung und in der Erwägung bestätigt, dass § 6 der von dem Kläger selbst beigebrachten Statuten der

Krankencasse für die Fabrik des Geklagten keinen berechtigten Zweifel gestatten, dass die Aufnahme des Klägers als Fabriksarzt zu den Obliegenheiten des Geklagten in dessen Fabriksbetriebe gehörte, dass es auch an jedem Grunde fehlt, der Bestimmung des § 39, Z. 2 des Einführungsgesetzes zum HGB, nur jene Angestellten der Kaufleute zu unterwerfen, deren Thätigkeit dem kaufmännischen oder gewerblichen Gebiete angehört, indem gerade die nothwendige Gegenstellung, Handlungsbevollmächtigten und Handlungsgehilfen, also der eigentlichen kaufmännischen Fachmänner, zu den anderen in dem Gewerbe angestellten, daher nicht etwa blos der Gewerbe betreibenden Personen erkennen lässt, dass hier die in dem Gewerbe Angestellten ohne Rücksicht auf die Natur ihrer Thätigkeit gemeint sind, dass demnach die von dem Geklagten eingewendete Handelsgerichtsbarkeit sowohl nach § 38, Z. 2, als auch nach § 39, Z. 2 des bezogenen Einführungsgesetzes begründet ist.

2647.

Unzulässigkeit der Execution eines Ruhegenusses für Alimentationsansprüche, die durch eine vertragsmässige Verbindlichkeit des Alimentationspflichtigen begründet werden.

E. v. 9. März 1892, Z. 2905. — (GH 3 ex 93, Seite 24.)

I. BG Cilli.
II. OLG Graz.

Die A brachte gegen ihren Ehegatten B, Bezirksrichter in Pension, ein Gesuch ein, in welchem sie das Begehren um executive Einantwortung der demselben zukommenden Pension monatlicher 33·33⅓ fl. bis zur Deckung der ihr mit dem Bagatellurtheile des st.-del. BG in Cilli vom 1. December 1891, Z. 18.701, für ihre minderjährigen Kinder zuerkannten Alimentationsforderung per 40·08 fl. s. N. G. stellte.

Die I. J. hat diesem Begehren Folge gegeben.

Ueber den Recurs des B hat die II. J. die E. I. J. abgeändert und das Executionsgesuch der A abgewiesen, in Erwägung, dass aus dem Inhalte der dem Bagatellurtheile vom 1. December 1891, Z. 18.701, zu Grunde liegenden Klage de praes. 11. November 1891, Z. 17.670, hervorgeht, dass in der letzteren nicht die aus dem Gesetze festgestellte Verpflichtung des Geklagten zur Leistung des Unterhaltes für seine Kinder, sondern eine diesfalls zwischen der Klägerin A und dem Recurrenten zu Stande gekommene vertragsrechtliche Uebereinkunft zur Geltung gebracht werden wollte, nach welcher Recurrent der Klägerin für Unterhalt und Erziehung der Kinder für den Monat ausgemittelte Beträge abzuführen hätte;

in Erwägung, dass dieser Anspruch um so weniger als ein aus dem Gesetze gebührender Unterhalt der Kinder aufzufassen ist, weil eine gerichtliche Feststellung der Beiträge überhaupt und auch dem Quanto

nach nicht vorausgegangen ist, das obbezogene Bagatellurtheil aber nur eine aus dem Vertrage abgeleitete Forderung der Mutter A zum Gegenstande hat;

in Erwägung, dass auf die dermalige Executionsführung die im Ges. vom 25. April 1882, RGB Nr. 123 (§ 1, Abs. II, rücksichtlich § 2, Abs. III), vorgesehenen Ausnahmen keine Anwendung finden, was insbesonders in Ansehung der Nebengebühren für jeden Fall zutrifft;

in endlicher Erwägung, dass Recurrent nach den Angaben im Executionsgesuche lediglich im Genusse einer nach dem bezogenen Gesetze von der Execution freien Jahrespension per 400 fl. steht, ein weiteres für die Zurechnung geeignetes Einkommen aber nicht nachgewiesen ist.

Dem Revisionsrecurse der A hat der OGH keine Folge zu geben und die oberlandesgerichtliche E. zu bestätigen befunden; in der Erwägung, dass die Verbindlichkeit des Vaters zur Alimentirung seiner Kinder zwar im Gesetze begründet ist, dieselbe im vorliegenden Falle aber aus dem zwischen B und seiner factisch, jedoch nicht gerichtlich geschiedenen Ehegattin A über die Verpflegung und Erziehung ihrer Kinder abgeschlossenen Uebereinkommen abgeleitet wird, und auch das dem Executionsbegehren zu Grunde liegende Bagatellurtheil vom 1. December 1891, Z. 18.701, nur die Verpflichtung des B zur Erfüllung der gegenüber seiner Ehegattin vertragsmässig übernommenen Verbindlichkeiten ausspricht; und dass nach dem Ges. vom 21. April 1882, RGB Nr. 123, die daselbst bezeichneten Ruhegenüsse nicht wegen jeden Anspruches auf Leistung des Unterhaltes, sondern nur wegen eines Anspruches auf Leistung des aus dem Gesetze gebührenden Unterhaltes der Executionsführung unter der daselbst ausgedrückten Beschränkung und rücksichtlich ohne Beschränkung unterliegen.

2648.

Zur Frage der Verjährung eines Anspruches gegen die gemeinsamen öffentlichen Gesellschafter einer gelöschten Handelsfirma.

E. v. 9. März 1892, Z. 2652. — (GH 24 ex 92, Seite 204.)

Franz W. begehrte gegen Leopold S. und Ignaz S. das Erkenntniss, dass dieselben schuldig seien, anzuerkennen, dass auf Grund des gegen die Firma S. erwirkten, in Rechtskraft erwachsenen U. vom 8. April 1870, Z. 7320, behufs Deckung der Forderungen per 440 fl. und 1100 fl. die Execution in das ihnen gehörige Vermögen erwirkt werden könne, und stützte sein Begehren darauf, dass er sub praes. 24. Jänner 1887, Z. 618, auf Grund des erwähnten U. gegen die Geklagten Leopold S. und Ignaz S. das Gesuch um Mobilarpfändung pcto. 440 fl. und 1100 fl. eingebracht hatte, dass es wohl in I. J. mit dem B. vom 4. Februar 1887, Z. 760, bewilligt, aber in II. und III. J. abgewiesen wurde, indem das U.

gegen die Firma Brüder S., nicht aber gegen Leopold S. und Ignaz S. laute; die Geklagten aber doch beide offene Gesellschafter der genannten Firma waren, auch während des Processes am 27. August 1869 diese Firma aus dem Register für Gesellschaftsfirmen löschen liessen, dies ohne vorhergegangene Liquidation und ohne dass sie sich mit den Gläubigern der aufgelösten Gesellschaft auseinandergesetzt haben, gethan hätten. Hiedurch sei, wie in der E. des OGH vom 19. Februar 1890, Z. 1589, ausdrücklich hervorgehoben wird, die Scheidung zwischen dem Vermögen der Gesellschafter aufgehoben worden, und haben sich die Gesellschafter durch Vermengung des Gesellschaftsvermögens selbst den Gesellschaftsgläubigern gegenüber an die Stelle der Gesellschaft gesetzt; dem entsprechend seien sie verbunden, für seine urtheilsgemäss gegen die bestandene Firma Brüder S. zugesprochenen obenangeführten Forderungen aufzukommen, daher verpflichtet, nachdem sie selbst die Auflösung der Gesellschaft herbeigeführt und das Vermögen derselben mit ihrem Privatvermögen vermengt haben, zu dulden, damit auf das Jedem von ihnen gehörige Vermögen auf Grund des obangeführten U. vom 8. April 1870, Z. 7320, Execution geführt werde.

Die I. J. hat das Klagsbegehren abgewiesen.

Gründe:

Abgesehen davon, dass die klägerische Ansicht, es müsse der Auflösung einer Handelsgesellschaft die Liquidation derselben vorangehen, gegenüber der Bestimmung des Art. 133 HGB eine unrichtige ist, indem sie erst der Auflösung der Gesellschaft nachfolgen kann, hat Kläger zugestanden und ist daher gemäss § 107 AGO als erwiesen anzusehen, dass die Gesellschaft, Firma Brüder S., schon am 27. August 1869 aus dem Register für Gesellschaftsfirmen gelöscht worden sei, weil die Auflösung der Gesellschaft sich vollzogen hatte; da aber gemäss Art. 146 HGB Klagen gegen einen Gesellschafter aus Ansprüchen gegen die Gesellschaft in fünf Jahren nach Auflösung der Gesellschaft verjähren, die Geklagten sich auf diese Gesetzesbestimmungen berufend die Verjährung eingewendet haben, so muss in Betracht gezogen werden, ob die Einwendung begründet ist oder nicht. Wird erwogen, dass vorstehende Klage keinen anderen als den Zweck hat, auf Grund des bezogenen gegen die Brüder S. erflossenen U. die Ansprüche bezüglich der zuerkannten Forderungen gegen die gewesenen Gesellschafter geltend zu machen, d. i. aus ihrem nunmehrigen Vermögen die Bezahlung ihrer Forderungen im Wege der Execution zu erzwingen, so ist sie als einer der im Art. 146 HGB aus Ansprüchen gegen die Gesellschaft unternommenen gerichtlichen Schritte gegen beide Geklagte als gewesene Gesellschafter der verpflichteten Firma Brüder S. anzusehen, und da seit der am 27. August 1869 eingestandenermassen erfolgten Auflösung und Löschung der Firma, respective seit der laut

U. vom 8. April 1870, Z. 7320, anerkannten Fälligkeit des klägerischen Anspruches 22, respective 21 Jahre verflossen sind, so erscheint sie beim Mangel einer Unterbrechung oder Hemmung der Verjährung gemäss Art. 146 HGB als verjährt. Aus diesem Grunde und weil auch durch die erwähnten E. der II. und III. J., dem Ansinnen des Klägers, die Execution gegen die Geklagten unmittelbar führen zu können, entgegengetreten wurde, musste die Klage nach Art. 146 HGB als verjährt abgewiesen werden.

Die II. J. hat das erstrichterliche U. bestätigt.

Gründe:

Die Appellationsbeschwerde des Klägers ist unbegründet; denn die Klage desselben strebt auf einem Umwege das zu erreichen, was gegen das materielle Recht verstösst. Durch die vom Kläger vorgelegte Beilage D ist erwiesen, dass die Handelsgesellschaft, gegen welche das U. vom 8. April 1870, Z. 7320, erflossen ist, bereits am 27. August 1869 gelöscht worden ist. Wollte der Kläger einen Anspruch gegen die öffentlichen Gesellschafter der gelöschten Firma erheben, so war es seine Sache, nach Art. 146 HGB sich zu benehmen und entweder binnen der in diesem Artikel angeführten Frist zu klagen, oder wenn die Klage nach dieser Frist eingebracht werden wollte, nach Art. 147 HGB zu behaupten und nöthigenfalls zu beweisen, dass noch ungetheiltes Gesellschaftsvermögen vorhanden ist. Dieses hat der Kläger nicht gethan und seine Rechtsausführungen vermögen an der klaren gesetzlichen Vorschrift nichts zu ändern. Der Kläger vermag sich auch nicht darauf zu berufen, dass die Geklagten in dem ersten Processe nicht bona fide gehandelt, indem sie angeblich unter der Firma nach der Erlöschung derselben den Process weiter geführt haben; denn die Erlöschung der Firma muss der Kläger nach Art. 25 HGB gegen sich gelten lassen, woraus wieder weiter folgt, dass es seine Sache gewesen wäre, in dem damals geführten, respective fortgesetzten Processe die Löschung der Firma geltend zu machen. Die Unterscheidung, die der Kläger machen will, ob ein öffentlicher Gesellschafter belangt werden würde und jener, wenn alle Gesellschafter einer gelöschten Firma belangt werden, findet im Gesetze keinen Stützpunkt. Mit Recht wurde daher die Klage abgewiesen.

Dem a. o. Revisionsbegehren hat der OHG keine Folge zu geben befunden, wobei erwogen wurde, dass bei dem Abgange einer auch nicht geltend gemachten Nichtigkeit in den gleichförmigen U. auch keine offenbare Ungerechtigkeit wahrgenommen werden kann, indem das U. vom 8. April 1870, Z. 7320, gegen die Firma erflossen ist, wobei es von keiner rechtlichen Bedeutung sein kann, dass diese Firma noch vor der Hinausgabe des U. in dem Handelsregister gelöscht, und dass dieser Umstand in dem Verlaufe des damaligen Rechtsstreites nicht zur Sprache gebracht wurde, weil dies die Wirkung des U. auf das Vermögen der Firma nicht

zu beeinträchtigen vermochte, indem aber allerdings dieses U. zu einer Vollstreckung wider die öffentlichen Gesellschafter nicht berechtigt und der Klage wider die Gesellschafter, mag sie nun auf Zahlung oder auf Vollstreckbarkeit des früheren U. gegen die Letzteren gerichtet sein, die Verjährung entgegensteht.

2649.

Die Lieferung von Steinmetzwaaren an einen Maurermeister, welcher dieselben zur Ausführung von bestellten Bauten auf fremdem Grunde verwendet, begründet auf Seite des Maurermeisters ein absolutes Handelsgeschäft.

E. v. 9. März 1892, Z. 2257. — (GH 31 ex 92, Seite 264.)

I. KG a. HG Reichenberg.
II. OLG Prag.

Die erbserklärten Erben nach Vincenz K. beanspruchten von Ignaz P. die Bezahlung eines Betrages von 382·21 fl. und begründeten dieses ihr Begehren damit, dass letzterer von dem ohne Hinterlassung einer letztwilligen Anordnung am 19. October 1890 verstorbenen Vincenz K. zum Zwecke der Weiterveräusserung um vereinbarte, mittelst Rechnung bekanntgegebene und sofort zahlbare Preise verschiedene Steinmetzwaaren gekauft und geliefert erhalten habe, aus welchen Kaufverträgen dem Erblasser Vincenz K. ein bis jetzt unberichtigtes Guthaben von 382·21 fl. erwachsen sei.

Gegen diesen klägerischen Anspruch wendete der Geklagte die Unzuständigkeit des angerufenen Gerichtes ein.

Die I. J. hat dieser Einwendung stattgegeben und die Kläger mit ihrer Klage ab- und an den zuständigen Richter gewiesen.

Gründe:

Die Einwendung der Unzuständigkeit ist begründet, denn nach der eigenen Angabe der Kläger ist Ignaz P. Maurermeister, ohne dass dessen Firma handelsgerichtlich registrirt wäre. Der Geklagte führt nach seiner eigenen Angabe auf fremdem Grunde über Bestellung Bauten aus und übergibt nach erfolgter Herstellung der nothwendigen Hilfsarbeiten den Bau dem jeweiligen Bauherrn; er bestellt daher allerdings die erforderlichen Arbeiten bei den einzelnen Handwerkern, jedoch nur zu dem Behufe, um den Bau im fertigen Zustande übergeben zu können. Der Geklagte hat die zu den von ihm zu einem bestimmten Preis übernommenen Baulichkeiten erforderlichen Materialien nicht zur Weiterveräusserung, sondern zum Zwecke der Aufführung der von ihm herzustellenden Bauten bestellt und angeschafft. Nach Art. 272 HGB ist, bei Voraussetzung des gewerbsmässigen Betriebes, als Handelsgeschäft die Uebernahme der Bearbeitung beweglicher Sachen für Andere anzusehen, wenn der Ge-

werbsbetrieb über den Umfang des Handwerkes hinausgeht, dies jedoch nur dann, wenn eine Handelsgesellschaft oder ein Kaufmann, dessen Firma im Handelsregister registrirt erscheint, der geklagte Theil ist (§ 38, Abs. 2 des Einf. Ges. zum HGB). Nun führen jedoch die Kläger selbst an, dass der Geklagte handelsgerichtlich nicht registrirt ist, die Kläger behaupten auch nicht, dass der Geklagte Häuser auf Speculation, in der Absicht, um dieselben vortheilhaft weiter zu veräussern, baue (Art. 271, Z. 1 HGB). Es erfolgte daher ohne Zweifel die Bestellung und Anschaffung der fraglichen Steinmetzwaaren seitens des Geklagten in Ausübung seines Handwerksbetriebes, und es lag seinerseits blos die Absicht und der Zweck vor, sich die nöthigen Materialien zur Ausführung der übernommenen Arbeit zu verschaffen, keineswegs aber die Absicht, die Steinmetzwaaren als solche mit Hoffnung auf Gewinn weiter zu veräussern. In Erwägung dieser Umstände kann die von der Klage angeführte Anschaffung von Steinmetzwaaren seitens des Geklagten weder als ein absolutes noch als ein relatives Handelsgeschäft (Art. 271, Z. 1, und 272, Z. 1, HGB) angesehen werden, und es musste daher in Folge der vom Geklagten erhobenen Einwendung die Klage wegen Unzuständigkeit dieses KG als HG ab- und an den zuständigen Richter gewiesen werden.

Ueber Appellation des Klägers hat die II. J. diese E. abgeändert, die vom Geklagten erhobene Einwendung des unzuständigen Gerichtsstandes verworfen und dem Gerichte I. J. verordnet, nach Rechtskraft dieser E. in der Sache selbst das weitere Amt zu handeln.

Gründe:

Der Geklagte ist Maurermeister, betreibt somit gewerbsmässig das Baugewerbe, indem er Häuser aufführt, wozu er offenbar Baumaterial verwenden muss. Beschafft nun der Maurermeister zum Behufe der Ausführung des ihm übertragenen Baues das Baumateriale selbst und findet dieses bei einem für andere Personen aufgeführten Bau Verwendung, so ist dasselbe offenbar nur zum Zwecke der Weiterveräusserung angeschafft worden; dann fällt der Ankauf von fertigen Steinmetzwaaren unter die absoluten Handelsgeschäfte des Art. 271, Z. 1 HGB, und da nach § 38, Z. 1 des Einf.-Ges. derartige Streitigkeiten, ohne Rücksicht auf die persönliche Eigenschaft der streitführenden Parteien, vor das HG gehören, wenn das Geschäft, wie vorliegend, auf Seite des Geklagten ein Handelsgeschäft ist, so war die Incompetenzeinwendung zu verwerfen.

Ueber die Revisionsbeschwerde des Geklagten hat der OGH die E. II. J. zu bestätigen befunden.

Gründe:

Der Geklagte gesteht in der Einrede, dass er in seiner Eigenschaft als Maurermeister über Bestellung Bauten ausführt und dann den betreffenden Bau nach erfolgter Herstellung der nothwendigen Tischler-, Schlosser-,

Steinmetz- und anderer Arbeiten durch die bezüglichen Handwerker dem Bauherrn übergibt. Hierin ist somit das Geständniss der Thatsache enthalten, dass der Geklagte in Ausübung seines Gewerbes Steinmetzwaaren kauft und anschafft, um dieselben bei der Durchführung der bei ihm bestellten Bauten, beziehungsweise in der Aufführung von Gebäuden für Andere zu verwenden und somit weiter zu veräussern. Dieses Geschäft stellt sich daher an Seite des Geklagten als ein absolutes Handelsgeschäft im Sinne des Art. 271, Z. 1, HGB dar, zumal diese gesetzliche Anordnung keinen Unterschied macht, ob die Waare oder die bewegliche Sache in Natur oder nach einer Bearbeitung oder Verarbeitung veräussert wird. Auch muss darauf hingewiesen werden, dass im genannten Artikel des HGB von Verarbeitung der Waare im Allgemeinen die Rede ist, ohne zu unterscheiden, in welcher Art und Weise die Verarbeitung der Waare stattfindet. Auf den Einwand, dass hinsichtlich der Anschaffung der in der Klage sub II angeführten Gegenstände von einem absoluten Handelsgeschäfte deshalb keine Rede sein könne, weil der Geklagte diese Steinmetzwaaren zum Zwecke der Anwendung an seinem eigenen Hause von Vincenz K. gekauft und auch verwendet hat, kann kein Bedacht genommen werden, weil, auch abgesehen davon, dass diese Behauptung von den Klägern widersprochen wurde und vom Geklagten erst unter Beweis gestellt ist, für die Beurtheilung der Competenzfrage die Klagsangaben massgebend sind. Es hat daher das OLG mit Recht die Competenz des KG als Handelssenates für begründet erkannt und es musste daher das oberlandesgerichtliche Reformaturtheil bestätigt werden.

2650.

Ein Uebereinkommen, kraft dessen der Buchschuldner dem Buchgläubiger zur Begleichung einer offenen Buchschuld Wechselaccepte übergibt, ist eine Novation, durch welche die Buchschuld in eine unverzinsliche Wechselschuld übergeht.

E. v. 10. März 1892, Z. 1874. — (GZ 28 ex 92, Seite 222.)

Aus der zwischen den Firmen A und B bestandenen Geschäftsverbindung entstand am 1. Juli 1889 das mit 6 Percent verzinsliche Saldoguthaben der Firma A per 16.321·20 fl., auf welches die Firma B der ersteren am 17. Juli 1889 16 Wechselaccepte übergab. Während nun die Firma A bei Uebernahme der Accepte von den Zinsen keine Erwähnung machte, begehrte sie drei Monate später die Bezahlung der vom 1. Juli 1889 bis zum Fälligkeitstage der einzelnen Accepte laufenden 6 Percent Zinsen im Betrage von 717·50 fl., und da die Firma B derselben nur die Zinsen vom 1. Juli bis zum 17. Juli 1889 per 43·52 fl. übersendete, die Bezahlung des Restes von 673·98 fl. jedoch verweigert hat, überreichte

die Firma A die Klage gegen die Firma B wegen Zahlung dieses Zinsenbetrages per 673·98 fl.

Die I. J. hat die Klage abgewiesen, wobei dieselbe von der Erwägung ausging, dass durch die am 17. Juli 1889 erfolgte Annahme der zur Tilgung der Saldoforderung zugesendeten Wechselaccepte eine Novation begründet wurde, durch welche die Buchforderung sammt den Nebenverbindlichkeiten an demselben Tage aufhörte, weshalb die Klägerin, da nach Art. 7 WO Wechselforderungen nicht verzinslich sind, keine weiteren Zinsen begehren kann.

Das OLG hat über die Appellation der Klägerin das erstrichterliche U. abgeändert und dem Klagebegehren Folge gegeben aus nachstehenden

Gründen:

Durch die Uebergabe der Wechsel wurde wohl die Saldoforderung, nicht aber die von derselben der Klagsfirma gebührenden Zinsen gedeckt. Dass die Klagsfirma bei der Uebergabe der Wechselaccepte auf die Zinsen ausdrücklich verzichtet hätte, wird von der geklagten Firma nicht behauptet, eine stillschweigende Verzichtleistung auf dieselbe ist nicht anzunehmen, weil der Umstand, dass die Klagsfirma nicht gleich bei der Uebernahme der Wechselaccepte die Zinsen begehrte, als eine concludente Handlung der Verzichtleistung im Sinne des § 863 ABG nicht angesehen werden kann. Es kann aber auch der Ansicht nicht beigepflichtet werden, dass durch die Uebergabe der Wechselaccepte ein Neuerungsvertrag im Sinne der §§ 1376 und 1377 ABG zu Stande gekommen sei, denn es wurde durch die Uebergabe der Wechselaccepte weder der Hauptgegenstand, noch der Rechtsgrund der bestandenen Verbindlichkeit geändert, sondern blos die Art und die Zeit ihrer Erfüllung geregelt, und es kann in der Ausstellung und Uebergabe der Wechselaccepte nichts Anderes erblickt werden als die Ausstellung von Schuldscheinen mit dem einzigen Unterschiede, dass der Schuldner sich der Wechselstrenge unterwarf; es wäre denn, dass die Wechselaccepte ausdrücklich als Zahlung gegeben und angenommen werden; eine solche ausdrückliche Vereinbarung hat aber die Geklagte nicht behauptet, sie ist somit zur Zahlung der begehrten Zinsen verpflichtet.

Der dagegen ergriffenen Revision der belangten Firma gab der OGH Folge, änderte das U. der II. J. ab, und stellte jenes der I. J. wieder her, und zwar aus nachstehenden

Gründen:

Die Klägerin gesteht zu, dass ihr am 17. Juli 1889 auf ihre Saldoforderung per 16.321·20 fl. von der Firma B 16 Wechselaccepte in gleicher Höhe übergeben wurden, dass sie diese Accepte auf ihre Capitalsforderung übernommen und in ihren Büchern der belangten Firma gut-

gebucht hat. Durch dieses Uebereinkommen kam ein Neuerungsvertrag im Sinne des § 1376 ABG zu Stande, indem mit beiderseitigem Einverständnisse der Rechtsgrund der Forderung geändert wurde. Denn der Rechtsgrund der am 1. Juli 1889 fälligen Saldoforderung lag in dem Kaufgeschäfte, beziehungsweise in den Bestimmungen der §§ 1053 und 1062 ABG, respective der Art. 338 und 342 HGB, während die belangte Firma aus ihren Accepten lediglich im Grunde des Art. 24 WO zahlungspflichtig wurde. Durch dieses Uebereinkommen ist die verzinsliche Saldoforderung in eine nach Art. 8 WO und Ministerialverordnung vom 2. November 1858, RGB Nr. 197, unverzinsliche Wechselforderung übergegangen, vermöge dieses Vertrages hat die vorige Hauptverbindlichkeit aufgehört, und mit deren Erlöschen muss auch die Verbindlichkeit zur Verzinsung als Nebengebühr umsomehr in Abfall kommen, als die Klagsfirma zugestehen muss, dass sie die erhaltenen Accepte bis auf 5 Stück begeben hat und es füglich nicht angeht, die Belangte einmal gegenüber der Klagsfirma als Buchgläubigerin und das andere Mal dieselbe als Schuldnerin gegenüber den Besitzern der zur Begleichung der offenen Buchschuld dem Buchgläubiger übergebenen und von ihm angenommenen und weiter begebenen Accepte als zahlungspflichtig zu erklären. Dass sich die Klagsfirma bei dem Uebereinkommen vom 17. Juli 1889 ihren Zinsenanspruch aus der offenen Buchforderung vorbehalten hätte, hat selbe weder behauptet, noch erwiesen, vielmehr muss dieselbe als richtig zugeben, dass sie erst nach drei Monaten mit dem Zinsenanspruche aus dem Saldoguthaben an die belangte Firma herangetreten sei. Aus diesen Gründen wurde der Revision der Belangten stattgegeben.

2651.

Das Ansuchen des Beschuldigten um Delegirung des Disciplinarrathes einer anderen Advocatenkammer kann deshalb, weil es kurze Zeit vor der anberaumten Verhandlung eingebracht wurde und deshalb eine Vertagung der letzteren nothwendig macht, nicht als Vertagungsgesuch angesehen und behandelt werden.

E. v. 10. März 1892, Z. 2069. — (GZ 19 ex 92, Seite 149.)

Die Verhandlung in der Disciplinarsache des Dr. L. hatte der Disciplinarrath der steiermärkischen Advocatenkammer auf den 9. December 1891 anberaumt. Am 6. December langte bei demselben ein Gesuch ein, worin der Beschuldigte die Delegirung des Disciplinarrathes der Krainer Advocatenkammer begehrt. Darüber erhielt der Gesuchsteller eine vom 7. December datirende vorläufige Verständigung des Inhaltes, dass sein Gesuch am 9. December der Erledigung zugeführt werden, und dass an diesem Tage, falls dem Delegirungsanbringen hemmende Wirkung nicht zugestanden werden sollte, auch die anberaumte Verhandlung statt-

finden werde. An Dr. L., der in einer entfernten Landstadt wohnt, wurde diese Verständigung erst am 9. December zugestellt. An demselben Tage beschloss der Disciplinarrath, ungeachtet des Delegirungsgesuches in die Verhandlung einzutreten; sie wurde in Abwesenheit des Beschuldigten vorgenommen und endete mit dessen Verurtheilung. Mit der Berufung wider das Erkenntniss verband Dr. L. eine wider diesen Vorgang gerichtete Beschwerde.

Der OGH hob das Erkenntniss auf und verordnete dem Disciplinarrathe, eine neue Verhandlung vorzunehmen; dem Grazer OLG aber trug er auf, über das Delegationsbegehren des Dr. L. nach dem Gesetze zu erkennen und seine E. sodann zugleich mit jener des OGH dem Disciplinarrathe der steiermärkischen Advocatenkammer bekanntzugeben.

Gründe:

Hätte Dr. L. am 6. December 1891 dem Disciplinarrathe der steiermärkischen Advocatenkammer ein einfaches Vertagungsgesuch vorgelegt, so musste er der Abweisung seines Gesuches gewärtig sein, und hatte, da nach § 33 letzter Absatz des Disciplinarstatuts selbst eine Beschwerde gegen die Abweisung des Gesuches ohne aufschiebende Wirkung ist, die auf den 9. December 1891 lautende Vorladung zur mündlichen Verhandlung für sich insolange als bindend anzusehen, bis er sich nicht im Besitze eines die Vertagung bewilligenden B. befand. In diesem Falle (wenn es sich um ein Vertagungsgesuch gehandelt hätte) könnte sich der Angeklagte sonach nicht mit Wirkung darauf berufen, dass er erst am Verhandlungstage selbst, zu einer Zeit, in welcher es ihm nicht mehr möglich war, rechtzeitig zur Verhandlung zu erscheinen, in Kenntniss des vom Disciplinarrathe beschlossenen Vorganges kam. Wesentlich anders aber gestaltet sich die Rechtslage des Angeklagten, wenn erwogen wird, dass es sich im vorliegenden Falle nicht um ein Vertagungsgesuch, sondern um ein Begehren wegen Delegirung eines anderen Disciplinarrathes handelte. Ueber dieses Gesuch hatte nach § 27 Disciplinarstatut das OLG Graz zu erkennen, und vor Erledigung dieses Gesuches durfte der Disciplinarrath mit der mündlichen Verhandlung nicht vorgehen. Diesen gesetzmässigen Vorgang zu erwarten, hatte der Angeklagte seinerseits ein Recht, und es darf ihm nicht zum Nachtheile gereichen, dass der Disciplinarrath, die nur nebensächliche und zufällige Wirkung des Gesuches, bestehend in der thatsächlichen Nothwendigkeit der Vertagung der Verhandlung, ausschliesslich in's Auge fassend, das Gesuch als Vertagungsgesuch behandelte, als welches es in Wirklichkeit nicht erscheint, und durch sein Vorgehen sogar dem OLG die Möglichkeit entzog, eine rechtzeitige und damit wirksame E. in der Delegirungsfrage zu fällen. Die Nichtvertagung der Verhandlung widerspricht also dem Gesetze; durch dieselbe — und durch die verspätete Bekanntgabe des beabsich-

tigten Vorganges an den Angeklagten — wurde dieser um die Möglichkeit des Erscheinens bei der Verhandlung gebracht; es musste demnach im Sinne des § 49 Disciplinarstatut wegen dieses wesentlichen, dem ganzen Schlussverfahren anhaftenden Mangels die Aufhebung der Verhandlung und E. und die Erneuerung der ersteren verfügt werden.

2652.

Wird die Uebernahme des Werkes wegen Untüchtigkeit desselben vom Besteller verweigert, so obliegt der Beweis, dass die hiefür im § 1153 ABG gesetzten Bedingungen nicht vorhanden seien, dem auf Uebernahme und Zahlung klagenden Bestellten ob (§§ 3, 104 AGO).

E. v. 12. März 1891, Z. 2258. — (GZ 17 ex 92, Seite 133.)
I. LG Prag.
II. OLG Prag.

Der Kläger begehrt vom Geklagten die Zahlung eines Restbetrages von 56 fl. für ein vom Geklagten nach einer eingesendeten Photographie bestelltes und ihm vom Kläger geliefertes Porträt mit Rahmen, welches aber nicht übernommen, sondern vom Geklagten rückgestellt wurde, weil das gelieferte Werk wegen wesentlicher Mängel nicht brauchbar war. Das erste den Geklagten unbedingt zur Zahlung verfällende U. des ersten Richters wurde vom OLG aufgehoben und Kläger wurde angewiesen, geeignete Beweise darüber anzubieten, dass er dem Geklagten ein der Bestellung entsprechendes Porträt geliefert hat, nämlich ein Porträt, welches der übergebenen Photographie und der aufgenommenen Personsbeschreibung im Punkte der Aehnlichkeit vollkommen entsprach.

Nach Aufnahme dieser Beweise hat der erste Richter den Geklagten neuerlich zur Zahlung des eingeklagten Betrages verurtheilt.

Gründe:

Der Geklagte musste, um von dem Vertrage abgehen zu können, nach § 1153 ABG nachweisen, dass das gelieferte Oelgemälde an wesentlichen Mängeln leidet, die dasselbe zum Gebrauche untüchtig machen oder der ausdrücklichen Bedingung zuwiderlaufen. Der Geklagte konnte nur verlangen, dass das gelieferte Oelgemälde der dem Kläger übergebenen Photographie und Beschreibung entspreche. Die vom OLG angeordnete Beweisführung blieb aus Verschulden des Geklagten, welcher die angeblich in seinem Besitze befindliche Photographie nicht vorlegte, ohne Resultat und da nach Ansicht des erkennenden Gerichtes die Einwendung, dass das Oelgemälde wegen des wesentlichen Mangels der gänzlichen Unähnlichkeit nicht zu brauchen sei, vom Geklagten zu beweisen ist, aber nicht bewiesen wurde, so kann diese Einwendung nicht weiter berücksichtigt werden.

Das OLG hat der Appellation des Geklagten Folge gegeben und das Klagebegehren abgewiesen.

Gründe:

Der zwischen dem Kläger und Geklagten geschlossene Vertrag ist ein Lohnvertrag im Sinne des § 1151 ABG und Geklagter kann nur dann die ihm nach § 1153 ABG zustehenden Rechte geltend machen, wenn die Voraussetzungen desselben vorliegen. Der Sachverständigenbefund konnte nur theilweise und nur, insoweit es ohne Vorlage der dem Kläger bei Bestellung des Bildes eingesendeten Photographie möglich war, durchgeführt werden. Dieser Beweis ist aber zu Ungunsten des Klägers ausgefallen, weil die Sachverständigen befunden haben, dass das ihnen vorgelegte Bild dermalen den ausdrücklichen Bedingungen zuwiderlaufende, jedoch leicht behebbare Mängel hat. Diese Mängel berechtigen aber den Geklagten als Besteller nach § 1153 ABG, von dem Vertrage abzugehen, indem der Besteller nicht gezwungen werden kann, das Bild, welches den ausdrücklich gestellten Bedingungen nicht entspricht, anzunehmen, und nur dem Besteller, hier also dem Belangten, überlassen ist, ob er die Verbesserung wünsche und dann das verbesserte Bild annehmen wolle.

Der OGH hat das U. II. J. bestätigt.

Gründe:

Der Kläger, welcher den bedungenen Lohn, beziehungsweise den Rest desselben vom Geklagten fordert, muss angesichts der Weigerung desselben, das Bild anzunehmen, weil es zum Gebrauche untüchtig ist, beweisen, dass das Bild keine wesentlichen Mängel hat, die es zum Gebrauche untüchtig machen, und dass es auch keine solchen Mängel hat, welche der ausdrücklichen Verabredung zuwiderlaufen. Dass dieser Beweis dem Kläger obliege und nicht der Gegenbeweis dem Geklagten, folgt aus der Vorschrift der §§ 3 und 104 AGO. Der Kläger hat, wenn er den Geklagten zur Einhaltung des Vertrages nöthigen will, im vorliegenden Falle zu beweisen, dass das von ihm gelieferte Oelbild der vom Geklagten dem Kläger übergebenen Photographie bezüglich der Aehnlichkeit der Gesichtszüge und auch im Uebrigen der aufgenommenen Beschreibung, sowie den Bedingungen des Bestellscheines überhaupt entspreche, oder dass die Mängel des Bildes nicht derartig sind, dass sie den Geklagten berechtigen, von dem Vertrage abzugehen. Der Mangel an Aehnlichkeit bei einem Porträt ist ein wesentliches Gebrechen, welches den Besteller im Sinne des § 1153 ABG berechtigt, vom Vertrage abzugehen, und da der Kläger diese vom Geklagten widersprochene Aehnlichkeit mit der zu copirenden Photographie zu beweisen nicht in der Lage ist, so ist damit auch das Schicksal seiner Klage entschieden. Angenommen, dass der Geklagte im Besitze der fraglichen Photographie sei, so kann

doch derselbe zur Herausgabe der Photographie nicht verhalten werden, da keine Partei dazu genöthigt werden kann, dem Gegentheile die demselben mangelnden Beweismittel zu übergeben.

2653.

Zur Frage vom Besitz, insbesondere mit Rücksicht auf die Bestimmung des § 323 ABG.

E. v. 15. März 1892, Z. 2583. — (GH 2 ex 93, Seite 12.)

I. BG Hermagor.
II. OLG Graz.

J. W. klagt den J. P. wegen Rückstellung von 12 Stück Lärchenstämmen oder Zahlung von 60 fl., welche Letzterer eigenmächtig vom Ablagerungsplatze des Klägers weggeführt hatte.

Die I. J. hat dem Begehren nur auf Rückstellung, beziehungsweise Ersatz von 8 Lärchenstämmen und 2 Fichtenstämmen, eventuell Ersatz von 20 fl. für die Lärchenstämme und von 2 fl. für die 2 Stück Fichtenstämme stattgegeben und dem Kläger die Hälfte der Kosten per 93·27 fl. zuerkannt. In den

Gründen

wird angeführt, dass durch die durchgeführten Zeugen- und Sachverständigenbeweise constatirt sei, dass Geklagter die zuerkannten Stämme von des Klägers Wiese weggeführt habe, dass der Werth der 8 Lärchenstöcke per Stück mit 2·50 fl., sohin in Summa mit 20 fl. und der Werth der vorgefundenen 2 Fichtenstöcke mit à 1 fl., zusammen 2 fl. beziffert werde, dass dem Kläger der Beweis, dass Geklagter 12 Stück Stöcke weggeführt habe, und dass die weggeführten lauter Lärchenstöcke gewesen seien, nicht gelungen ist, da constatirt wurde, dass unter den weggeführten Stöcken sich auch 2 Fichtenstöcke befanden, dass dem Kläger bei dieser Sachlage nur die Rückstellung von 8 Lärchenstämmen und 2 Fichtenstämmen mit 22 fl. zuerkannt werden konnte und dass Kläger nur mit einem Theile seines Begehrens obgesiegt hat, daher ihm auch die Kosten nur zur Hälfte zugesprochen werden konnten.

Ueber die von beiden Streittheilen gegen dieses Erkenntniss ergriffene Appellation hat die II. J. die E. I. J. theils unberührt zu lassen, theils abzuändern und im Ganzen zu erkennen befunden:

Das Begehren des Klägers J. W., dahin gehend, der Geklagte J. P. sei schuldig, die von des Klägers Grund und Boden weggetragenen zwölf Stück Lärchenstämme zurückzustellen oder aber an Stelle derselben dem Kläger 60 fl. sammt 5 Percent Zinsen seit dem Klagstage zu bezahlen und die Kosten des Rechtsstreites zu ersetzen, wird abgewiesen, und zwar aus folgenden

Gründen:

Vorstehende Klage ist, darüber sind beide Theile einig, als Eigenthumsklage nach § 369 ABG aufzufassen, denn es wird die Herausgabe der in des Geklagten Innehabung befindlichen Holzwaare und erst in zweiter Linie der Ersatz für dieselbe begehrt.

Da es sich um eine bewegliche Sache handelt, hat der Kläger nach § 370 ABG die in Anspruch genommenen Hölzer durch Merkmale zu beschreiben, wodurch dieselben von Sachen ähnlicher Gattung unterschieden werden.

Da der Geklagte zugibt, dass er von der Mooswiese des Klägers einen Theil der im Jahre 1891 durch L. G. dahin abgetriebenen, mit dem Buchstaben W bezeichneten Lärchen- und Fichtenstöcke weggeführt hat, so ist für die E. vor Allem die Beurtheilung des Umstandes massgebend, ob durch die vom Kläger veranlasste Bezeichnung der Stämme der Vorschrift des § 370 ABG Genüge geleistet worden ist.

Diese Frage ist zu verneinen, denn nach dem von den Zeugen bestätigten Umstand, dass auch von den im Jahre 1886 und 1887 abgetriebenen Stöcken des Grossvaters des Geklagten einzelne Stöcke aus der auch vom Kläger benützten Riese in der Strecke bis zum Watschiger Heimberge ausgesprungen und liegen geblieben sind, dass erst später im Jahre 1890 die liegen gebliebenen Stöcke neben der von L. G. benützten Riese, auf welcher dann der Abtrieb auf die Mooswiese des Klägers im Jahre 1890 erfolgte, aufgeschlichtet und in diesem Zeitpunkte erst mit dem Buchstaben W bezeichnet worden sind, ist die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, dass von dieser Bezeichnung auch solche Stöcke betroffen wurden, die von der Schlägerung des Grossvaters des Geklagten und des Anton E. in der Kühweger Alpen herrührten, daher diese nachträgliche und einseitige, ohne Zuziehung des Geklagten erfolgte Bezeichnung der Stöcke als zur Erweisung des Eigenthums hinreichend nicht angesehen werden kann. Dem steht auch das Gutachten der Sachverständigen nicht entgegen, insoferne nach demselben es nicht möglich ist, dass die vom Holzabtriebe des Geklagten ausgesprungenen Stöcke bis zur Hälfte des Watschiger Gemeindeberges gelangen konnten, nachdem die Sachverständigen andererseits zugeben, dass Stöcke, welche über die Kühweger Alpe abgetrieben werden, an der Stelle leicht auspringen können, wo der Holzabtrieb über den Uitschiger Gemeindeberg, also wo die Riese des Geklagten vom Holztriebe des Klägers abzweigt, nach den Zeugenaussagen vom Holze des Geklagten in der That 20 bis 30 Stöcke ausgesprungen sind und die Aufschlichtung der ausgesprungenen Stöcke erst später, nach 5 Jahren erfolgt ist, daher sich dieselbe auch auf solche Stöcke erstreckt haben konnte, welche aus der Schlägerung des Grossvaters des Geklagten herrühren, beim Abtriebe ausgesprungen und wenn auch an zerstreuten und von einander entfernteren Stellen liegen geblieben waren.

Demnach hat der Kläger den Beweis seines angesprochenen Eigenthums nicht erbracht, daher der die Hauptsache betreffenden Appellation des Geklagten stattgegeben und mit Abänderung des erstrichterlichen U., welches im abweislichen Theile der E. unberührt bleibt, die Klage zur Gänze abgewiesen werden muss.

Ueber die vom Kläger gegen dieses Erkenntniss ergriffene Revisionsbeschwerde hat der OGH der Revisionsbeschwerde Folge zu geben und in Abänderung des oberlandesgerichtlichen U., jenes der I. J. in der Hauptsache wieder herzustellen, ferners im Kostenpunkte zu erkennen befunden, dass der Beklagte dem Kläger drei Vierttheile der Gerichtskosten I. J. mit dem Betrage von 139·90 fl., dann an Appellationskosten den Betrag per 9·66 fl. und an Revisionskosten den Betrag von 19·92 fl. binnen 14 Tagen bei Executionsvermeidung zu bezahlen, der Beklagte aber seine Appellationkosten selbst zu tragen habe, aus folgenden

Gründen:

Theils durch die Aussagen der Zeugen Jakob W., Johann M. und Johann Z., theils durch das Geständniss des Beklagten ist erwiesen, dass Letzterer von jenen Holzstöcken, welche der Kläger im Jänner 1891 vom Watschiger Gemeindeberge zu Thal fördern und auf der Mooswiese ober Watschig aufschichten liess, zehn mit der klägerischen Marke W versehene Stöcke weggeführt hat, um sie für sich zu verwenden. Durch die über Veranlassung des Klägers erfolgte eben bezeichnete Markirung dieser Stöcke, mag dieselbe nun erst im Jahre 1890 geschehen oder damit nur die neuerliche Bezeichnung der schon im Jahre 1885 markirten Stöcke ausgeführt worden sein, hat sich jedenfalls Kläger in den Besitz dieser Holzstöcke gesetzt und da er dieses Besitzes durch das Wegführen von 10 Hölzstöcken seitens des Beklagten entsetzt wurde, so erscheint schon aus diesem Grunde das auf Rückstellung der weggeführten Hölzer, eventuell Ersatz gerichtete Klagebegehren nach § 339 ABG gerechtfertigt. Die Vertheidigung des Beklagten besteht in der Negirung eines widerrechtlichen Eingriffes, indem er behauptet, dass die von ihm weggeführten 10 Holzstöcke sein Eigenthum seien und dieselben über seine Veranlassung durch den Holzmeister des Lucio G. vom Watschiger Gemeindeberge auf die obgenannte Mooswiese geliefert worden seien. Keine dieser Behauptungen kann jedoch als erwiesen angenommen werden.

Denn, wenn es auch seine Richtigkeit hat, dass bei der von seinem Rechtsvorgänger in den Jahren 1886 und 1887 auf der Kühweger Alpe vorgenommenen Schlägerung etwa 30 Holzstöcke bei der Thalbeförderung ausgesprungen und am Watschiger Gemeindeberge in der Nähe der Abzweigung der von beiden Streittheilen gemeinschaftlich benützten Riese liegen geblieben, hiernach aber gesammelt und unfern des sogenannten Riesenknopfes aufgeschlichtet worden sind, so hat er den Beweis nicht

erbracht, dass es eben diese ausgesprungenen Holzstöcke waren, welche über Veranlassung des Klägers im August 1890 mit dessen Marke W versehen und sohin durch Jakob W. auf die Mooswiese geliefert wurden. Vielmehr ergibt sich aus den Aussagen der Zeugen Johann M. und Johann Z., dass die im Jahre 1890 mit W markirten Hölzer an Stellen vorgefunden und grösstentheils aus dem Schotter ausgegraben wurden, an welche sie nach dem Gutachten der Sachverständigen durch das Ausspringen bei Holzbeförderung des Rechtsvorgängers des Beklagten nicht gelangt sein konnten. Auch die weitere Behauptung, dass die von ihm weggeführten Hölzer über seine Bitte durch Lucio G. auf die Mooswiese gestellt wurden, hat der Beklagte nicht erwiesen, da nach der Aussage des Zeugen Jakob W. diese Hölzer nur auf Veranlassung des Klägers dahin gebracht worden sind. Dem Gesagten zufolge hat der Beklagte demnach nicht nachzuweisen vermocht, dass die von ihm weggeführten Hölzer sein Eigenthum seien, und er nur in Ausübung seines Eigenthumsrechtes diese Wegführung unternommen habe. Dagegen muss Kläger, wie schon oben erörtert, als Besitzer dieser Hölzer angesehen werden, hat als solcher gemäss § 323 ABG die rechtliche Vermuthung eines giltigen Titels für sich und kann die Rückstellung der ihm widerrechtlich entzogenen Sache und eventuell Ersatz verlangen, wesshalb das diesem Begehren stattgebende erstrichterliche U. wieder herzustellen war. Die vom Kläger gegen das bezirksgerichtliche U. im Kostenpunkte gemeldete Appellation erscheint ebenfalls begründet und war daher das Kostenerkenntniss im obigen Sinne abzuändern, wogegen ihm der volle Kostenersatz nicht zugesprochen werden konnte, weil er nicht mit dem ganzen Umfange seines Begehrens obgesiegt und daher den Beklagten genöthigt hat, sich in dieser Richtung in den Streit einzulassen.

2654.

Die Theilung der Gemeinschaft von Liegenschaften, die vor der Grundbuchseröffnung als ungetheiltes Eigenthum Mehrerer einem bestimmten Zwecke gewidmet wurden, ist unzulässig.

E. v. 15. März 1892, Z. 2662. — (Sp. IV ex 92, Seite 243.)

Die Theilung der Gemeinschaft physisch theilbarer, mehreren Grundbesitzern als ungetheiltes Eigenthum unter einer besonderen Grundbuchseinlage bücherlich ausgezeichneter Ackerparcellen zu begehren, ist unzulässig, wenn ungeachtet der im Jahre 1881 geschehenen Grundbuchseinlage-Eröffnung Nr. 64 in Sch. diese Parcellen in einem Areale von zusammenhängenden Wiesen per 10 Joch bereits theilweise früher physisch vertheilt und theilweise ungetheilt ausgezeichnet sind, früher jedoch zu einem bestimmten Zwecke, nämlich zur Verpachtung derselben behufs Erzielung eines Pachtschillings für die Zahlung der Steuern und Abgaben

für diese 10 Joch Grundparcellen und für Zwecke der Erhaltung des Stieres der Gemeinde in Sch. gewidmet war, wenn diese theilweise physische Theilung vor dem Jahre 1881 stattgefunden und die ungetheilten Parcellen ebenfalls vor dieser Zeit diesem Zwecke bestimmt worden waren. Der § 11 des Ges. vom 25. Mai 1871, RGB Nr. 96, wornach die einzelnen Theilhaber ihre Einwendung wegen Anspruches eines bestimmten physischen Theiles durch Nichteinbringung der Anmeldung im Richtigstellungsverfahren verwirkt haben, hat hier deshalb keine Anwendung, weil dies nur gegenüber dritten Personen gilt, unter welche die einzelnen Theilhaber der Grundstücke per 10 Joch nicht gerechnet werden können. Auch ist die Klage nicht gegen alle 33 Theilhaber gerichtet, weil einige Ehegattinnen dieser 33 Theilhaber als Mitbesitzerinnen der berechtigten Wirthschaften Nr. 1—33 nicht geklagt wurden und die nachträgliche, während der Protocollirung eines Theiles der Einrede geschehene Ueberreichung des Gesuches dieser Gattinnen um Einbeziehung derselben in die Klage mit der E. II. J. rechtskräftig abgewiesen wurde. Die Grundlage dieser Abweisung erscheint deshalb dem Gesetze entsprechend, weil nach begonnener Einrede selbst dann, wenn zum Behufe der Fortsetzung derselben die Tagsatzung erstreckt wurde, ein Ansuchen um Einbeziehung weiterer Theilhaber in die Klage im summarischen Verfahren nicht statthaft ist und das vor der Replik mit Rücksicht auf die nichtgeklagten Theilhaber ergänzte Klagebegehren in Folge dieser abweislichen E. II. J. von A bei der weiteren Verhandlung als gegenstandslos zurückgezogen wurde. Die aus der Abweisung des Ansuchens um Einbeziehung weiterer Theilhaber in die Klage, wenn sie auch rechtzeitig geschehen wäre, trotz der Abweisung und des darauffolgenden Revisionsrecurses, worin die Nichtigkeit der Weisung behauptet wird, eingewendete Nullität der U. deshalb, weil gegen das grundbücherlich ausgezeichnete Recht des Besitzes der ungetheilten Grundstücke erkannt wurde, ist im Summarverfahren nach § 51 unzulässig und kann überdies von einer Unvollständigkeit der Verhandlung in dieser Richtung und daher von einer Nullität des U. deshalb keine Rede sein, weil nach der Resolution vom 31. October 1785, JGS Nr. 489 U. nur dann als nichtig aufgehoben werden können, wenn bei deren Fällung oder im Zuge der Strittverhandlung solche Formgebrechen unterlaufen sind, auf welche das Gesetz ausdrücklich die Nullität statuirt und die eine gründliche E. der Sache unmöglich machen. A rügt als Nullität die Unvollständigkeit der Strittverhandlung, weil derselbe um Einbeziehung der Theilhaber in der Klage gebeten hat, die Verhandlung aber ohne Betheiligung dieser Theilhaber durchgeführt wurde. Diese Unvollständigkeit besteht jedoch deshalb nicht, weil das Klageeinbeziehungsbegehren rechtskräftig abgewiesen, daher auch die protocollarische Klagepetitergänzung in der Replik als gegenstandslos fallen gelassen wurde.

2655.

Auch im ordentlichen Verfahren dürfen bei autonomen Behörden erliegende Originalien behufs Recognoscirung requirirt werden.

E. v. 15. März 1892, Z. 3009. — (Práv. IX ex 92, Seite 316.)

I. LG Prag.
II. OLG Prag.

Dem Ansuchen des B im Stritte mit A peto. 1000 fl. s. N. G. um Requirirung der bei einer autonomen Behörde erliegenden Originalien der Einredebeilagen zur Inrotulirungstagfahrt gab die I. J. keine Folge, weil die Beschaffung von Originalien der Beilagen mittelst amtlicher Requirirung blos gestattet ist a) im Verfahren nach dem Hofd. vom 23. August 1829, JGS Nr. 1595 (§§ 1 und 14 ib.); b) im Summar-Verfahren (§ 30 ib.); c) im Bagatell-Verfahren (§ 39 ib.); sohin d) im Verfahren wegen Recognoscirung der Originalien (Hofd. vom 2. December 1825, JGS Nr. 2150), keineswegs jedoch im ordentlichen Verfahren überhaupt.

Ueber Recurs des B willfahrte die II. J. dem gestellten Ersuchen, weil keine gesetzliche Vorschrift besteht, welche festsetzen würde, dass ein Einschreiten um Requirirung der Originalien von irgend einer Behörde zur Inrotulirungstagfahrt unzulässig sei, vielmehr das Hofd. vom 2. December 1825, JGS Nr. 2150, der Willfahrung eines derartigen Ansuchens das Wort redet.

Ueber Revisionsrecurs des A hat der OGH die E. II. J. bestätigt in der Erwägung, dass die analoge Anwendung des Hofd. vom 2. December 1825, JGS Nr. 2150 in vorliegendem Falle durch die Bestimmung des § 437 AGO gerechtfertigt erscheint, weil ferner die Inbetrachtnahme, ob dem Ansuchen des Gerichtes zu willfahren sei, dem um die Mittheilung der Originalien der Beilagen requirirten Amte, nicht aber dem Processgegner zusteht und weil schliesslich durch die Requirirung allein der E. über die Beweiskraft der besagten Urkunden nicht vorgegriffen wird.

2656.

Erlegt der übersetzte Notar für den neuen Amtssitz eine eigene Caution, so ist nach § 29 der NO das Edictalverfahren gleichwie beim Verzicht auf die alte Stelle einzuleiten.

E. v. 15. März 1892, Z. 3098. — (NZ 17 ex 92, Seite 120.)

Der Notar Dr. K., welcher von L. nach S. versetzt wurde, stellte das Ansuchen um Devinculirung und Erfolglassung der als Caution für L. deponirten Werthpapiere per 1200 fl.

Ueber die diesbezügliche Aeusserung der Notariatskammer hat die I. J. das obige Gesuch bis zum Nachweise des Erlages der Caution für

das Notariat in S. zurückgewiesen. Dr. K. lieferte sohin den geforderten Nachweis des Cautionserlages.

Nachdem sohin die Notariatskammer nach Einholung der Aeusserung der Staatsanwaltschaft die Aeusserung abgegeben hatte, dass sie in die sogleiche Ausfolgung der Caution für L. nicht willige, sondern darüber das gesetzlich erforderliche Cautionsedict erlasse, so hat die I. J. die angesuchte Erfolglassung der deponirten Werthpapiere dermalen nicht bewilligt.

Den gegen diesen landesgerichtlichen Beschluss von dem Notar Dr. K. eingebrachten Recurs hat die II. J. zurückgewiesen, in Erwägung, dass Recurrent nach Erlegung der vorgeschriebenen Caution das Amt eines Notars in L. angetreten hat; in Erwägung, dass derselbe auf sein Ansuchen von L. nach S. versetzt worden ist; in Erwägung, dass Recurrent vom Rechte des § 17 NO die bereits erlegte Caution zu dem Gerichtshofe am Sitze der Notariatskammer von S. zu übertragen, keinen Gebrauch machte, sondern eine ganz neue Caution für seine Amtsthätigkeit in S. erlegte; in Erwägung, dass diese Caution sich auf seine Amtsthätigkeit in L. nicht erstreckt und auf dieselbe auch nicht ausgedehnt worden ist, wie aus der Eingabe des Recurrenten selbst vom 16. November 1891 an das LG hervorgeht; in Erwägung, dass demnach die Sache einfach so beurtheilt werden muss, als wenn Dr. K. auf die Notarstelle in L. verzichtet hätte; in Erwägung, dass auch in einem solchen Falle das Edictalverfahren im Sinne des § 29 NO einzuleiten ist, weil man die Caution nicht ohneweiters dem Verzicht leistenden Notar zurückstellen kann, ohne den Zweck der Caution (§ 15 NO) zu vereiteln; in Erwägung, dass Notar Dr. K. durch das erlassene Edict weder einem seines Amtes entsetzten, noch einem in Folge strafrechtlicher Verurtheilung entlassenen Notar gleichgestellt worden ist, weil im Edicte ausdrücklich angegeben erscheint, dass er über sein Ansuchen von L. nach S. übersetzt wurde.

Den a. o. Revisionsrecurs des Dr. K. hat der OGH als gesetzlich unzulässig zurückzuweisen befunden; in Erwägung, dass mit dem beschwerten B. dem Recurrenten lediglich intimirt wurde, dass die sogleiche Ausfolgung der für das Notariat in L. als Caution deponirten Werthpapiere deswegen nicht stattfinden könne, weil die Notariatskammer im Einverständnisse mit dem Staatsanwalte diese Ausfolgung derzeit nicht bewillige und darüber das Cautionsedict im Sinne des § 29 NO erlassen habe; in Erwägung, dass der Recurs nicht gegen diese Intimation als solche, sondern gegen den Inhalt derselben, nämlich gegen die von den zur Ueberwachung der Notariatscautionen berufenen Behörden, von der Notariatskammer und von der Staatsanwaltschaft verweigerte sofortige Ausfolgung der Caution und gegen die Erlassung des Edictes, also in der Wesenheit gegen eine Verfügung der Notariatskammer gerichtet ist; in

Erwägung, dass diese Verfügung von der II. J. bestätigt wurde; in Erwägung, dass nach dem Schlusssatze des § 141 NO nur im Falle die E. der Notariatskammer und des OLG nicht übereinstimmen, die Beschwerde an den OGH und Cassationshof statthaft ist.

2657.

Die Haftung des Vorbehaltserben im Grunde des § 802 ABG tritt nur in der Voraussetzung ein, dass der Erbe in Folge des Erbschaftsantrittes die Erbschaft oder einen Theil derselben wirklich erhält; diese Voraussetzung trifft bei einer jure crediti-Einantwortung nicht zu.

E. v. 15. März 1892, Z. 3196. — (GH 23 ex 92, Seite 197.)

I. HG Triest.
II. OLG Triest.

J. M. L. hatte für sich und seine Erben die Verpflichtung übernommen, der Versicherungsgesellschaft A 14.000 fl., d. i. 70 Percent des Stammcapitals der von ihm gezeichneten und ihm gehörigen 20 Actien der Gesellschaft zu zahlen; diese Einzahlung hätte zufolge eines vom Ministerium des Innern bestätigten Zusatzartikels zu den Gesellschaftsstatuten vom 31. August 1882 erfolgen sollen und war die Gesellschaft berechtigt, gegen die säumigen Actionäre oder ihre Rechtsnachfolger klagbar aufzutreten, um die erwähnten 70 Percent einzubringen. Nun war J. M. L. bereits am 17. Juli 1872 gestorben und sein Nachlass von seinen Söhnen Carl und Ludwig L. aus dem Gesetze bedingt angetreten und mittelst Einantwortungsurkunde des HG in Wien vom 15. December 1874 denselben je zur Hälfte eingeantwortet worden. Während die Verlassenschaftsabhandlung nach J. M. L. noch im Zuge war, starb auch Ludwig L., und zu dessen Verlassenschaft hatte sich O., heutige Beklagte, bedingt erbserklärt; sie erwirkte jedoch die Einberufung der Gläubiger und es wurde ihr der Nachlass des Ludwig L., in welchem unbestrittenermassen zehn der erwähnten, von dem Nachlasse des J. M. L. herstammenden Actien vorfindig waren, auf Abschlag der von ihr bestrittenen Krankheits- und Leichenkosten und der auf dem zum Nachlasse gehörigen Hause in der Josefstadt haftenden Satzposten jure crediti eingeantwortet.

Die Versicherungsgesellschaft A trat gegen die O. klagbar mit dem Begehren auf Zahlung von 7000 fl. auf, wurde jedoch von der I. J. abgewiesen aus nachstehenden

Gründen:

In Erwägung, dass der Nachlass des Ludwig L. nach gehörig erfolgter Einberufung der Verlassenschaftsgläubiger der Beklagten jure crediti eingeantwortet wurde;

in Erwägung, dass die Klägerin jene Forderung, welche sie an J. M. L. als ihren Actionär, beziehungsweise an seinen Nachlass zu stellen

berechtigt zu sein behauptet, und welche im Sinne des § 547 ABG auch gegen den Nachlass des Ludwig L., als den Rechtsnachfolger des J. M. L. geltend zu machen gewesen wäre, binnen der Edictalfrist zu dem Nachlasse des Ludwig L. anzumelden unterlassen hat, dass daher der Klägerin gegenüber die Rechtsfolgen des § 814 AGO eintreten und sie keinen weiteren Anspruch an diesen Nachlass hat, weil ihr für die besagte Forderung kein Pfandrecht gebührte;

in Erwägung, dass die Beklagte O. weder Erbserbin nach J. M. L. ist, noch als seine Rechtsnachfolgerin betrachtet werden kann, daher für die von ihm übernommenen Verpflichtungen nicht aufzukommen hat, die Klage sich somit als grundlos darstellt.

Die II. J. gab in Folge Appellation der Klägerin dem Klagebegehren statt, denn: Die Beklagte habe sich zum Nachlasse des Ludwig L. erbserklärt, diese Erbserklärung nicht mehr widerrufen können (§ 806 ABG) und sei daher nicht mehr an der Zeit gewesen, sich die Erbschaft desselben (ihres Gatten) jure crediti einantworten zu lassen, weshalb sie noch immer für die Forderungen der Gläubiger desselben verantwortlich bleibe, weil sie als Erbin des Gatten seinen ganzen Nachlass, obwohl ihr aus dessen Testamente nur die Hälfte davon gebührte, an sich gezogen habe, weil die Forderung der Klägerin vor jenen der Gläubiger des Ludwig L. zu berichtigen war, da diese Forderung von dem in der Erbschaft des Gatten enthaltenen Nachlasse des J. M. L., Schwiegervaters der Beklagten, zu bezahlen war und die Forderungen dieser letzteren und der übrigen Gläubiger erst nach Bezahlung der Forderung der Klägerin, daher aus dem reinen Nachlasse des Ludwig L. zu berichtigen waren (§ 822 ABG). Ferner wäre es Sache der Beklagten gewesen, nach Einvernehmung der Gläubiger, welche sich gemeldet hatten, bei dem Umstande, als die Schulden ihres Gatten den Activstand bei weitem überstiegen, anzusuchen, dass die Verlassenschaft des Ludwig L. nach der gesetzlichen Ordnung zur Befriedigung der Gläubiger verwendet, dass über dieselbe der Concurs eröffnet werde; nur durch diese Vorsichtsmassregel hätte sie sich von jeder Haftpflicht befreien können. Da sie diese Vorkehrung nicht beantragt und erwirkt habe, sei sie in Verschulden nach § 1295 ABG und hafte daher für die eingeklagte Forderung auch mit ihrem Vermögen.

Ueber die Revisionsbeschwerde der Beklagten hat der OGH das erstrichterliche U. wieder hergestellt.

Gründe:

Nach § 802 ABG wird ein Erbe, welcher die Erbschaft mit Vorbehalt der rechtlichen Wohlthat des Inventars angetreten hat, den Gläubigern und Legataren nur so weit verbunden, als die Verlassenschaft für

ihre und auch seine eigenen ausser dem Erbrechte ihm zustehenden Forderungen hinreicht. Diese gesetzliche Bestimmung setzt voraus, dass der Erbe in Folge des Erbschaftsantrittes die Erbschaft oder einen Theil derselben wirklich erhält. Diese Voraussetzung trifft sicherlich dann nicht zu, wenn die Erbschaft, bevor sie dem Erben auf Grund seiner Erbserklärung eingeantwortet werden kann, durch die Schulden der Verlassenschaft vollständig absorbirt wird und kein bekanntes Vermögen erübrigt, welches den Gegenstand einer nach § 174 Abh.-Pat. zu erlassenden Einantwortungsverordnung bilden könnte.

Im gegebenen Falle hat die Beklagte allerdings zur Hälfte des Nachlasses ihres am 4. August 1874 verstorbenen Gatten Ludwig L. auf Grund des Testamentes ddto. Wien, 19. Jänner 1857 die bedingte Erbserklärung abgegeben.

Dass die Beklagte auf Grund ihrer Erbserklärung, d. i. in ihrer Eigenschaft als Erbin, den Nachlass ihres Gatten oder einen Theil dieses Nachlasses wirklich erhalten habe, ist klägerischerseits nicht erwiesen worden.

Im Gegentheil erhellt aus den von der Beklagten producirten Urkunden, dass nach vorausgegangener Gläubigerconvocation der gedachte Nachlass, oder richtiger die im Abhandlungswege erhobenen einzelnen Objecte dieses Nachlasses der Beklagten keineswegs in ihrer Eigenschaft als Erbin, sondern vielmehr in ihrer Eigenschaft als Verlassenschaftsgläubigerin an Zahlungsstatt, beziehungsweise gegen Uebernahme der Verbindlichkeit, die auf der Nachlassrealitätenhälfte haftenden Satzforderungen zu berichtigen, jure crediti überlassen wurden.

Demzufolge mangelt im gegebenen Falle die wesentlichste Voraussetzung, unter welcher allein von einer Haftung der Beklagten für Verbindlichkeiten die Rede sein könnte, welche von J. M. L. im Erbwege zur Hälfte auf seinen Sohn Ludwig L. übergegangen wären und von der Beklagten bei der an Zahlungsstatt erfolgten Uebernahme der überschuldeten Verlassenschaft ihres Gatten nicht ausdrücklich übernommen worden sind.

Mit Recht hat daher die I. J. das ungerechtfertigte Klagebegehren abgewiesen. Der begründeten Revisionsbeschwerde der Beklagten war demnach stattzugeben und das erstrichterliche U. wieder herzustellen.

2658.

Der Kauf von Ziegeln, Kalk und Sand durch Bauunternehmer zum Zwecke der Aufführung einer Trockenanlage für einen Dritten ist als ein absolutes Handelsgeschäft anzusehen (Art. 271 HGB).

E. v. 15. März 1892, Z. 3280. — (GZ 25 ex 93, Seite 207.)

I. HG Wien.
II. OLG Wien.

Die Ingenieure B und P haben für C die Ausführung einer Trockenanlage übernommen und erhielten auf ihre Bestellung vom Ziegeleibesitzer und Baumeister A die nöthigen Arbeitskräfte und Geräthschaften beigestellt, aber auch Ziegel, Kalk und Sand geliefert. A klagte die nicht protocollirten B und P auf Solidarzahlung a) für gelieferte Ziegel, Kalk und Sand per 211·05 fl., b) für vom Kläger bestrittene Arbeitslöhne per 167·99 fl., c) für Werkzeugs- und Materialabnützung per 16·79 fl., zusammen auf Bezahlung von 395·83 fl. sammt Zinsen und Gerichtskosten.

Die Geklagten rügten die Klagscumulirung und erhoben die exceptio fori, welcher die I. J. stattgab aus folgenden

Gründen:

Es ist unbestritten, dass die Geklagten nicht als Gesellschaftsfirma registrirt sind und dass auch die Firma keines von ihnen im Handelsregister erscheint. Es könnte daher der vorliegende Rechtsstreit nach § 38 Z. 1 Einf.-Ges. zum HGB nur insoferne der handelsgerichtlichen Judicatur unterliegen, als es sich um den Kaufpreis für die gelieferten Materialien handelt und wenn dieser Kauf sich als Handelskauf darstellen würde. Dass die Klagsansprüche aus dem anderen Vertrage (nämlich für Beistellung der Arbeiter und Geräthschaften) nicht zur handelsgerichtlichen Competenz gehören, ist zweifellos und wird vom Kläger selbst anerkannt; die Berufung auf § 4 AGO könnte, selbst wenn ein Handelskauf (bezüglich Ziegel, Kalk und Sand) vorläge, es nicht rechtfertigen, dass die aus dem nicht zur Handelsgerichtsbarkeit gehörigen Lohn- und Miethvertrage gestellten Ansprüche mit einem Anspruch aus einem Handelskaufe in einer Klage verbunden werden, da § 4 AGO keine Jurisdictionsbestimmung enthält; ebenso wenig wäre § 40 JN hier anwendbar. Es liegt aber auch bezüglich der vom Kläger gelieferten Materialien kein Handelskauf vor, weil die Absicht der Weiterveräusserung fehlt und weil die Materialien (Ziegel, Kalk und Sand) nur zur Verwendung bei Herstellung der fraglichen Trockenanlagen bestimmt waren und darin immobilisirt wurden und weil demnach nicht diese Materialien, sondern nur die Trockenanlage, also ein unbewegliches Gut den Gegenstand der Weiterveräusserung oder eines anderen Vertrages von Seite der Geklagten B und P mit C bildet. Hienach wird der Competenzeinwendung stattgegeben.

Die II. J. hat über Appellation des Klägers diese E. abgeändert, die von den Geklagten B und P erhobene Einwendung der Incompetenz zurückgewiesen und dem HG die meritale Proc.-E., bei welcher die Appellationskosten des Klägers zu berücksichtigen sein werden, aufgetragen.

Gründe:

Die dem Klagsanspruche hauptsächlich zu Gunde liegende Baumaterialienlieferung (Lieferung von Ziegel, Kalk und Sand) auf Bestellung des Zweitgeklagten und zu der von den beiden Geklagten für C unternommenen Bauführung erscheint aber als ein absolutes Handelsgeschäft nach Art. 271 HGB, weil die Bauführer sich des vom Kläger bezogenen Materiales dadurch entäussern, dass sie dasselbe zu Gunsten des fremden Bauherrn mit dem Banobjecte verbinden und auf solche Art das Eigenthumsrecht an diesen Gegenständen auf den Besitzer (C) der unbeweglichen Sache (Trockenanlage) übertragen; es kann auch nicht eingewendet werden, dass die Baumaterialien durch ihre Verbindung mit dem Trockenanlagenbaue zu einer unbeweglichen Sache geworden sind und somit aufgehört haben, ein Handelsgegenstand zu sein (Art. 275 HGB), denn bis zu ihrer so gearteten Verwendung waren sie bewegliche Sachen und die nachgefolgte Aenderung dieser Eigenschaft kann das Rechtsverhältniss zwischen dem Kläger und den Geklagten nicht beeinflussen (oberstgerichtliche E. vom 5. November 1889, Z. 10.717, A. C., VIII. Bd., Nr. 1499). Durch die nach § 4 AGO zulässige Cumulirung der weiteren Ansprüche des klagenden Baumeisters auf Ersatz bestrittener Arbeitslöhne und Entgeld für Werkzeugs- und Materialbenützung mit dem oben besprochenen Anspruche für Ziegel-, Kalk- und Sandlieferung wird die für den letztgenannten Anspruch, wie gezeigt, begründete handelsgerichtliche Competenz zur E. über die Gesammtklage nicht ausgeschlossen.

Der OGH hat auf die Revisionsbeschwerde des Erstgeklagten das angefochtene oberlandesgerichtliche U. aus dessen Gründen bestätigt.

2659.

Wenn auch der Miether die gemiethete Wohnung nicht in dem Zustande, in welchem er diese übernommen hat, nach Ablauf des Bestandvertrages zurückstellt, ist er doch nicht verpflichtet, dem Vermiether denjenigen Schaden zu ersetzen, welcher durch eine gewöhnliche Abnützung der Wohnung entstanden ist.

E. v. 16. März 1892, Z. 1914 — (GZ 20 ex 92, Seite 159.)

I. st.-del. BG Brünn.
II. OLG Brünn.

Klägerin A hat dem B in ihrem Hause eine Wohnung gegen den Jahreszins von 396 fl. vermiethet und als nach der — nach fast vier Jahren — erfolgten Räumung dieser Wohnung durch die zum ewigen Gedächt-

nisse einvernommenen Sachverständigen constatirt worden ist, dass die Wohnung in mehrfacher Hinsicht beschädigt sei, und dass diese Beschädigungen, mit Ausnahme des Sprunges einer Sparherdplatte nur durch Missbrauch der Wohnung verursacht wurden, belangte A den B auf Bezahlung des von den Sachverständigen erhobenen Schadens per 20·50 fl. der Augenscheinskosten per 10 fl. und der Sachverständigenkosten per 10·50 fl.

Die I. J. hat die Klage abgewiesen.

Das OLG hat das U. der I. J. rücksichtlich des Ersatzes von 2 fl. für die Sparherdplatte und der Sachverständigenkosten per 10·50 fl. bestätigt, im Uebrigen abgeändert und der Klage Folge gegeben.

Gründe:

Der Geklagte hat die Wohnung nicht in demselben guten Zustande zurückgestellt, in welchem er sie übernommen hat, und von den zur Zeit der Rückstellung der Wohnung ermittelten Schäden haben die Sachverständigen blos den Sprung der mittleren Sparherdplatte als eine Folge der gewöhnlichen Abnützung, alle übrigen als solche bezeichnet, welche nur durch Missbrauch der Wohnung entstanden sind. Zur Behebung dieser letzteren Beschädigungen war nach dem Gutachten der Sachverstädigen ein Aufwand von mindestens 18·50 fl. nothwendig und diesen Betrag hat der Geklagte, welcher nach seinem Geständnisse, diese Schäden nicht beheben liess, der Klägerin nach dem Gesetze zu ersetzen und entfällt daher die Nothwendigkeit eines Beweises, ob er sich der sogenannten Hausordnung (Repliksbeilage A) unterworfen, von derselben Kenntniss erhalten hat oder nicht. Da auch die Kosten der Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtnisse per 10 fl. zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nothwendig waren, musste in dieser Richtung der Klage stattgegeben werden, während das Klagebegehren im Uebrigen unbegründet erscheint, zumal eine abermalige Besichtigung der Wohnung durch Sachverständige überflüssig war.

Der OGH hat das U. der I. J. wieder hergestellt.

Gründe:

Während sich der Belangte darauf beruft, dass er die fragliche Wohnung durch mehr als $3^3/_4$ Jahre im miethweisen Gebrauche hatte und dass die hiedurch erklärliche Abnützung des Miethsobjectes nur durch den ordnungsmässigen, nach § 1098 ABG dem Miether gestatteten Gebrauch bewirkt worden ist, behauptet die Klägerin eine Beschädigung der Wohnung durch Missbrauch, wofür der Miether nach § 1111 ABG zu haften hat. Es handelt sich demnach im vorliegenden Falle um die Beurtheilung der Beschaffenheit der Mängel der vom Geklagten zurückgestellten Wohnung, wobei bemerkt wird, dass die Sachverständigen

lediglich den Zustand der Wohnungslocalitäten zu constatiren haben, wogegen es dem Richter zukommt, zu beurtheilen, ob die von den Sachverständigen sichergestellte Wohnungsabnützung als eine ordnungsmässige anzusehen ist, oder sich als eine durch Missbrauch bewirkte Beschädigung darstellt. Wenn daher auch die Sachverständigen alle Beschädigungen des Miethobjectes — mit Ausnahme der Sparherdplatte — als solche bezeichnet haben, welche nur durch Missbrauch der Wohnung entstanden sind, so ist dieses Gutachten für den Richter noch nicht massgebend. Denn, wird das Object und die Art der Beschädigung desselben sowie weiters erwogen, dass laut der Actenlage die Miethe fast vier Jahre dauerte, dass der Jahreszins 396 fl. betrug, während der von den Sachverständigen erhobene, mit der gegenwärtigen Klage geforderte Schaden blos 18·50 fl. ausmacht, so ist nicht zu bezweifeln, dass es sich im gegenwärtigen Falle blos um eine gewöhnliche, mit dem ordnungsmässigen Gebrauche der Wohnung verbundene Abnützung handelt, für welche der Vermiether schon in dem empfangenen Miethzinse einen hinreichenden Ersatz gefunden hat. Es ist daher die Revisionsbeschwerde des Belangten begründet.

2660.

Die mit der Beschränkung des § 51 des GBG erfolgte Löschung einer mit Afterpfand belasteten Tabularforderung hat zur Folge, dass der Ursatz nur mehr mit jenem Betrage als noch aufrecht bestehend angesehen werden kann, welcher zur vollständigen Befriedigung des Afterpfandgläubigers mit seiner Forderung sammt Nebengebühren erforderlich ist.

E. v. 16. März 1892, Z. 1997. — (GZ 29 ex 92, Seite 230.)

A hat für seine Forderungen per 200 fl. und 100 fl. s. N. G. das Afterpfandrecht auf die im Passivstande der der B gehörigen Realität Nr. 185 aus dem Heiratsvertrage vom 10. October 1843 zu Gunsten der C versicherte Forderung per 1050 fl. erworben und dieselbe auch im Wege der geichtlichen Feilbietung erstanden. — Es klagt nun A blos auf Grund des Grundbuchsauszuges und der Adjudicirungsurkunde vom 6. Februar 1889, Z. 2722, die B als Eigenthümerin der Realität Nr. 185 wegen Zahlung der für C haftenden Forderung per 1050 fl. s. N. G. Gegen das in der Hypothekarklage gestellte Begehren hat B die geschehene Zahlung der Forderung an C wie auch den Mangel des Titels der Klagsforderung eingewendet. Die I. J. hat das Klagebegehren abgewiesen, weil der Kläger den Heiratsvertrag, aus welchem die causa debendi zu ersehen wäre, nicht vorgelegt hat, das Pfandrecht allein den Klagegrund nicht abgeben kann und durch den Grundbuchsauszug, sowie durch die Adjudicirungsurkunde der Beweis für den Bestand der Forderung nicht erbracht ist, zumal der Grundbuchsauszug über die Qualität der Forderung

keinen Aufschluss gibt und die Adjudicirungsurkunde nur darthut, dass A die Forderung erstanden hat, weshalb beim Mangel des Rechtsgrundes der Klage das Klagebegehren abzuweisen war.

Die II. J. hat die E. I. J. abgeändert und erkannt: Die Geklagte B als Eigenthümerin der Realität Nr. 185 sei schuldig, dem A von der auf der vorbezeichneten Realität pfandrechtlich sichergestellten Forderung aus dem Heiratsvertrage vom 10. October 1843 und der Adjudicirungsurkunde vom 6. Februar 1889 per 1050 fl. den Theilbetrag per 362·73 fl. s. N. G. binnen 14 Tagen zu bezahlen. Mit dem in der Klage gestellten Mehranspruche wird A abgewiesen.

Gründe:

Bezüglich der von der Geklagten behaupteten Zahlung liegt zwar eine von C ausgestellte Quittung vor, auf Grund welcher in Folge B. vom 30. April 1876 das für die eingeklagte Forderung haftende Pfandrecht mit dem Beisatze gelöscht wurde, dass die Rechtswirkung dieser Löschung in Ansehung der Afterpfandrechte erst mit deren Löschung einzutreten habe. Dies hat jedoch nur zur Folge, dass A nicht die Zahlung der ganzen Forderung per 1050 fl. verlangen kann, da durch die Löschungseinverleibung für Jedermann, somit auch für den Ersteher ersichtlich wurde, dass diese getilgt und nach § 469 ABG sammt dem Pfandrechte, insoweit es über den Umfang der noch haftend verbliebenen Afterpfandrechte gereicht hat, erloschen ist, und da mithin daran von Niemand mehr Rechte erworben werden konnten. Dagegen steht dem Kläger allerdings ein Anspruch auf jene noch in Kraft verbliebene Theilforderung zu, welche zur vollen Deckung seiner afterpfandrechtlich sichergestellten Forderungen per 200 fl. und 100 fl. s. N. G. erforderlich ist. Denn es wurden dessen Rechte in Ansehung des zur Zeit der Feilbietung für ihn haftenden Afterpfandrechtes durch die vorausgegangene Löschung in keiner Weise berührt, und ist der Kläger berechtigt, die von ihm erstandene Forderung im Umfange des erwähnten, bei der Löschung aufrecht erhaltenen Afterpfandrechtes ohne Rücksicht auf die eingewendete Zahlung geltend zu machen, da es gar nicht feststeht, dass ihm zur Zeit der Erwerbung des Afterpfandrechtes die vorgegebene theilweise Zahlung der Hypothekarforderung der C bekannt gewesen ist, die Löschung der letzteren aber viel später durchgeführt wurde. Der Umstand, dass die fragliche Heiratsgutforderung ausserdem noch anderen Gläubigern als Afterpfand gedient hat, lässt eine Beachtung nicht zu, wenn man erwägt, dass der Nachpfandgläubiger für den Fall des Erlöschens der Vorposten in der Rangordnung vorrückt und so zur Befriedigung gelangen kann, und dass der rechtliche Bestand der zur Zeit der Feilbietung im Grundbuche noch ersichtlichen Forderungen der übrigen Afterpfandgläubiger keineswegs dargethan erscheint, sondern aus dem Meistbotsvertheilungsbescheide vielmehr das

Gegentheil zu entnehmen ist. In Ansehung dieser, nunmehr zur Löschung gebrachten Afterpfandrechte kann daher ein mehreres Forderungsrecht des Klägers nicht erkannt werden. Die weitere Einwendung der Geklagten, dass Kläger den Titel seiner Klagsforderung nicht nachgewiesen hat, findet, obgleich der Heiratsvertrag vom 10. October 1843 nicht beigebracht wurde, ihre Widerlegung dadurch, dass die fragliche Forderung sowohl in dem Grundbuchsauszuge, wie auch in einer von der Geklagten selbst allegirten Quittung als Heiratsgutforderung angeführt ist, was den Rechtstitel ausser Zweifel stellt. Nach dem Gesagten stellt sich das Klagebegehren nur insoweit als begründet dar, als es jenen, am Tage der Licitation bestandenen Forderungsbetrag betrifft, für welchen die Heiratsgutforderung mit Rücksicht auf das aus dem Grundbuche zu ersehende Afterpfandrecht noch zu haften hat, was der Bestimmung des § 455 ABG entspricht. Da der erwähnte Betrag durch den Meistbotsvertheilungsbescheid vom 3. April 1888 ziffermässig mit 473·38 fl. nachgewiesen erscheint, und da auf Rechnung desselben dem Kläger mit dem gleichen B. bereits ein Theilbetrag von 110·65 fl. nachgewiesen wurde, wornach noch ein Rest von 362·73 fl. unbedeckt verblieb, so musste für diesen Restbetrag der Hypothekarklage stattgegeben, bezüglich des Mehranspruches aber das Klagebegehren abgewiesen werden.

Der OGH hat die E. II. J. mit Verweisung auf die daselbst angeführten Gründe bestätigt, hervorhebend, dass nach den Bestimmungen des § 51 des GBG vom 25. Juli 1871, RGB Nr. 95, die Löschung einer mit Afterpfand belasteten Tabularforderung nur mit der Beschränkung gestattet ist, dass die Rechtswirkung dieser Löschung in Ansehung der Afterpfandrechte erst mit deren Löschung einzutreten hat. Da nun eine Löschung thatsächlich erfolgte, jedoch in der Art, dass hiedurch die Rechte der Afterpfandgläubiger nicht berührt werden, so kann der Ursatz nur mehr mit jenem Betrage als noch aufrecht bestehend betrachtet werden, welcher zur vollständigen Befriedigung des Afterpfandgläubigers mit seiner Forderung s. N. G. erforderlich ist, mit anderen Worten, es haftet in einem solchen Falle an Stelle des Ursatzes nur mehr der Fond, welcher und insoweit derselbe zur Deckung der Ansprüche des Afterpfandgläubigers nöthig sein sollte. Will nun der Afterpfandgläubiger seine Forderung realisiren, so muss er, um die Hyothekarrealität in Anspruch nehmen zu können, trachten, an die Stelle seines Schuldners zu treten, und wird sich deshalb wohl am zweckmässigsten den Ursatz, soweit er nämlich dem Gesagten zufolge noch als haftend betrachtet werden kann, executiv einantworten lassen. Würde aber auch der Hypothekargläubiger, wie im vorliegenden Falle, die executive Versteigerung des Ursatzes wählen und denselben erstehen, so konnte doch nie mehr feilgeboten und nie mehr dem Ersteher zugeschlagen werden, als wieviel zur Deckung der Afterpfandforderung erforderlich ist, weil eben in Folge der bei dem Ursatze

einverleibten Löschung der Ursatz im weiteren Umfange die bücherliche Existenz verloren hat. Daraus ergibt sich aber auch, dass das OLG dem Kläger mit Recht nur so viel zugesprochen hat, als zur Befriedigung seiner Afterpfandforderung s. N. G. nach Abzug der bereits erhaltenen Abschlagszahlung erforderlich ist.

2661.

Im Falle einer Collision der executiven Einantwortung von zu einer Nachlassmasse gehörigen Forderungen mit dem auf den „gesammten Nachlass" früher bewilligten Pfandrechte ist die Ausfolgung der die Forderungen betreffenden Documente an den die Einantwortung erwirkenden Gläubiger zulässig.

E. v. 16. März 1892, Z. 2470. — (GH 44 ex 92, Seite 372.)
I. LG Lemberg.
II. OLG Lemberg.

Die I. J. hat dem Anton Z. zur Hereinbringung seiner Wechselforderung gegen die liegende Nachlassmasse des Johann L. im Betrage von 1000 fl. ö. W. mehrere Activforderungen executiv eingeantwortet und zugleich, nachdem die auf die eingeantworteten Forderungen bezüglichen Schulddocumente beim Notar Franz W., Verlassenschafts-Commissär, erlagen, gemäss § 415 wg. GO dem Gerichtsboten aufgetragen, diese Schulddocumente vom Notar abzufordern und dem Anton Z. auszufolgen. Der Notar Franz W. als Gerichtscommissär verweigerte jedoch die Ausfolgung der Schulddocumente unter Berufung darauf, dass das BG in L., das zugleich das Verlassenschaftsgericht war, schon vorher zu Gunsten anderer Gläubiger, und zwar mit B. vom 28. Februar 1891, Z. 7025, zu Gunsten des Casimir L. für eine Miethzinsforderung per 120 fl. ö. W. s. N. G., dann mit B. vom 2. April 1891, Z. 17.601, zu Gunsten der Handelsfirma G. & B. für die Forderungen von 120 fl. und 65 fl. ö. W. s. N. G. das Pfandrecht auf das gesammte Nachlassvermögen bewilligt und dem Notar als Gerichtscommissär aufgetragen hat, dieses Pfandrecht im Verlassenschaftsinventar anzumerken.

Nach Einvernahme sämmtlicher betheiligter Parteien und des Notars hat die I. J. trotz der Einsprache der Gläubiger Casimir L. und der Handelsfirma G. & B. mit B. vom 4. Juli 1891, Z. 23.674, dem Ansuchen des Anton Z. wegen Ausfolgung der Schulddocumente mit dem willfahrt, dass nach Rechtskraft dieses B. das BG in L. (in dessen Deposit der Notar in der Zwischenzeit die fraglichen Schulddocumente erlegt hat) wegen Bewirkung der Ausfolgung der Schulddocumente an Anton Z. ersucht werden wird, und dies in der Erwägung, dass in den oberwähnten B. des BG in L., womit zu Gunsten der Gläubiger Casimir L. und der Handelsfirma G. & B. das Pfandrecht auf das gesammte Nachlassvermögen

des Johann L. bewilligt wurde, ein rechtsgiltiger Titel zur Erlangung des Pfandrechtes auf die zum Nachlassvermögen gehörigen Activforderungen nicht erblickt werden kann, und somit der Bewilligung des Pfandrechtes auf das gesammte Nachlassvermögen ohne Anführung der einzelnen Bestandtheile desselben und vor Aufnahme des Verlassenschaftsinventars, also in einem Zeitpunkte, wo überhaupt noch nicht festgestellt erscheint, ob und welches Vermögen in der Nachlassmasse vorhanden ist, eine rechtsgiltige Wirkung nicht zukommt, und dies umsoweniger, als nach § 453 wg. GO der Gläubiger jene Güter seines Schuldners, worauf er greifen will, genau anführen muss. Zudem kommt noch, dass zur Erlangung des Pfandrechtes auch eine giltige Erwerbungsart erforderlich ist (§§ 451 und 452 ABG), welche im vorliegenden Falle erst in der im Verlassenschaftsinventar vollzogenen Anmerkung des Pfandrechtes bestehen würde; da jedoch aus der protocollarischen Erklärung des Notars hervorgeht, dass das zu Gunsten des Casimir L. und der Handelsfirma G. & B. bewilligte Pfandrecht zur Zeit der Behändigung des zur Z. 13.875/91 ergangenen B. an den Notar auf dem Verlassenschaftinventar nicht angemerkt war, indem zu dieser Zeit die Aufnahme des Inventars erst im Zuge war, so kann es keinem Zweifel unterliegen, dass die Gläubiger Casimir L. und die Handelsfirma G. & B. ein giltiges Pfandrecht auf die fraglichen Forderungen nicht erworben haben und daher auch dieselben dem Vollzuge des zur Z. 13.875/91 ergangenen Auftrages mit Erfolg sich nicht widersetzen können, wobei nur bezüglich der Miethzinsforderung des Gläubigers Casimir L. zu bemerken kommt, dass das diesem Gläubiger gemäss § 1101 ABG zustehende gesetzliche Pfandrecht sich auf die fraglichen Schuldocumente nicht beziehen kann, indem solche zu den eingebrachten Einrichtungsstücken und Fahrnissen nicht gezählt werden können.

Ueber Recurs der Handelsfirma G. & B. hat das OLG in Abänderung des erstrichterlichen B. dem Ansuchen des Anton Z. wegen Ausfolgung der Schulddocumente keine Folge gegeben und nur den Vollzug des B. des LG als WG in L. vom 11. April 1891, Z. 13.875, in der Weise angeordnet, dass die executive Einantwortung der zur Nachlassmasse des Johann L. gehörigen Activforderungen in dem Depositenbuche des BG in L. gehörigen Ortes angemerkt werde und dies in der Erwägung, dass die Frage, ob die Handelsfirma G. & B. auf die im Nachlasse des Johann L. verbliebenen Fahrnisse und Forderungen ein giltiges Pfandrecht erworben hat und die Frage, ob weiters die Handelsfirma G. & B. ein Vorrecht vor Anton Z., dem dieselben Forderungen später executiv eingeantwortet wurden, zukommt oder nicht, nur im Wege eines förmlichen Streitverfahrens entschieden werden kann und daher das Begehren des Anton Z. um Ausfolgung der Schulddocumente nicht gegründet erscheint; da jedoch der Vollzug des Executionsbescheides des LG als WG in L. im Sinne des § 415 wg. GO auch durch Anmerkung in den Depositenbüchern möglich

ist, so war zur Wahrung der Rechte des Anton Z. diese Art des Vollzuges der bewilligten Einantwortung zu verfügen.

Der OGH hat über Recurs des Anton Z. den erstrichterlichen B. wieder herzustellen befunden, „weil dem Recurrenten mit dem landesgerichtlichen B. vom 11. April 1891, Z. 13.845, die darin von 1 bis 30 angeführten Forderungen executiv eingeantwortet worden sind, dieser B. dem Curator der Verlassmasse des Schuldners Johann L. am 17. April 1891 zugestellt wurde, durch diesen rechtskräftigen Einantwortungsbescheid die darin gelegene Cession wirksam geworden ist, und zwar noch bevor die für die Firma G. & B. mit dem B. des BG in L. vom 2. April 1891, Z. 17.601, auf den gesammten Nachlass des Executen bewilligte Pfändung vollzogen war, und deshalb die vom LG verfügte Ausfolgung der die dem Recurrenten eingeantworteten Forderungen betreffende Urkunde dem § 415 wg. GO entspricht.

2662.

Jene Hypothekarforderungsanmeldung, welche nach der ersten Feilbietung, jedoch vor dem in Folge eines Ueberbotes zur neuerlichen Feilbietung bestimmten Termine erfolgt ist, ist als rechtzeitig überreicht anzusehen.

E. v. 16. März 1892, Z. 2946. — (GZ 18 ex 92, Seite 143.)
I. BG Cavalese.
II. OLG Innsbruck.

In der Realexecutionssache des B gegen C wurde die executive Versteigerung des Hausantheiles des Executen angeordnet und hat B beim zweiten Termine am 12. September 1890 die Realität erstanden. Das rechtzeitig gemachte Ueberbot des X wurde angenommen und die Realität am 26. November 1890 neuerlich feilgeboten. Am 5. November 1890 hat X eine Hypothekarforderung zu dieser Executionsmasse angemeldet und eventuell um die Wiedereinsetzung gegen den ersten Termin angesucht. Die späteren Hypothekargläubiger B und D haben diese Anmeldung als verspätet bestritten.

Dieselbe wurde jedoch von der I. J. als rechtzeitig überreicht und daher als rechtswirksam anerkannt.

Gründe:

Es ist richtig, dass nach § 2 des Hofd. vom 19. November 1839, JGS Nr. 388, die Anmeldung vor dem für die erste Versteigerung bestimmten Termine zu geschehen hat, es wurde aber in zahllosen E. des OGH festgehalten, dass es genügt, wenn die Anmeldung vor der wirklichen Versteigerung erfolgt. Die wirkliche Versteigerung fand aber erst am 26. November 1890 statt, denn jene vom 12. September 1890 hat nach

§§ 10 u. ff. der Exec.-Nov. ihre Wirkung verloren, und ist daher als nicht geschehen zu betrachten. Dieses geht auch aus der Bestimmung des § 15 des cit. Ges. hervor, nach welchem eine neuerliche Feilbietungstagfahrt anzuordnen ist und hievon alle jene zu verständigen, welche nach den bestehenden Vorschriften von der Feilbietung zu verständigen sind.

Das OLG hat die Appellation des B und D zurückgewiesen und die erstrichterliche E. mit der Bemerkung bestätigt, dass auf Grund des Ueberbotes die Versteigerung vom 12. September 1890 annullirt und eine neue Versteigerung angeordnet wurde, bei welcher die Realität auch an den Mann gebracht wurde.

Der OGH hat die a. o. Revisionsbeschwerde des B und D wegen Abganges der Voraussetzungen des Hofd. vom 15. Februar 1833, Z. 2593, und in der Erwägung zurückgewiesen, dass, wenn auch die §§ 10 und 14 Exec.-Nov. die Behauptung, dass die frühere Versteigerung annullirt werde, nicht rechtfertigen, dieselbe jedoch diese Versteigerung in Folge des Eintrittes eines besseren Käufers als unwirksam und als nicht geschehen erklären, und dass, nachdem mit dem vorerwähnten Gesetze in Betreff der im Hofd. vom 19. November 1839, JGS Nr. 388, vorgesehenen Anmeldungen eine Aenderung nicht getroffen wurde, mit Rücksicht auf die Bestimmung des § 15 der cit. Exec.-Nov. auch jene Anmeldung als rechtzeitig überreicht anzusehen ist, welche vor dem in Folge des Ueberbotes zur neuerlichen executiven Feilbietung bestimmten Termine erfolgt ist.

2663.

Die Execution gegen einen Gasthausbesitzer auf das ihm gehörige Billard sammt Zugehör ist unzulässig.

E. v. 16. März 1892, Z. 3270. — (GH 43 ex 92, Seite 361.)

I. BG Žižkov.

II. OLG Prag.

Die Eheleute Wenzel und Anna B stellten das Begehren um Ausscheidung des laut des Pfändungsprotocolles vom 2. April 1891, Z. 5795, in ihrem Gasthauslocale Žižkov bei Prag sicherstellungsweise gepfändeten und laut des Vollzugsprotocolles vom 5. Mai 1891, Z. 8546, executiv gepfändeten und transferirten Billards sammt Zugehör aus der dem A wegen der Forderung per 608·37 fl. gegen sie bewilligten Execution.

Die I. J. hat das Gesuch hauptsächlich deshalb abgewiesen, weil die Executen keine Handwerker im Sinne des § 2 Exec.-Nov. sind.

Ueber den Recurs der Executen hat die II. J. den erstrichterlichen B. bestätigt, weil ein Billard zur Führung des Gastgewerbes nicht als ein unumgänglich nothwendiges Werkzeug angesehen werden kann.

Dem a. o. Revisionsrecurse der Executen hat der OGH Folge zu geben und in Abänderung der beiden unterrichterlichen Erledigungen die

angesuchte Ausscheidung zu bewilligen befunden; denn die Tendenz der Proc.-Nov. geht dahin, zu verhüten, dass die Execution die Erwerbsfähigkeit des Schuldners vernichte. Die im öffentlichen Interesse zu fordernde Erhaltung der Erwerbsfähigkeit erheischt, dass man die unentbehrlichen Mittel des Erwerbes, sowie auch die vorhandenen Existenzmittel, welche den nothwendigen Lebensunterhalt für die zu einem neuen Erwerbe unerlässliche kurze Zeit ermöglichen sollen, von der Execution ausschliesse.

In Betreff des hier in Frage stehenden Billards sammt Zugehör ist sich vor Allem gegenwärtig zu halten, dass das Gast- und Schankgewerbe nach § 1 lit c und 15, Z. 15 des Ges. vom 15. März 1883, RGB Nr. 39, ein concessionirtes Gewerbe ist, welches nach § 16 des cit. Ges. unter Anderen auch die Berechtigung zur Haltung von erlaubten Spielen in sich begreift. Mit Rücksicht auf den concreten Fall und die massgebenden localen Verhältnisse ist sich gegenwärtig zu halten, dass nach Inhalt der von der Bezirkshauptmannschaft in den königlichen Weinbergen der Mitexecutin Anna B unter dem 5. Mai 1889, Z. 23651, ertheilten Concession zur Führung des Gast- und Schankgewerbes im Hause derselben in Žižkov auch die Berechtigung zur Haltung von erlaubten Spielen eingeräumt wurde. Dass das Billardspiel überhaupt, insbesondere aber an Orten in der Nähe grösserer und volkreicherer Städte eine besondere Einnahmsquelle für den Gastwirth zu bilden geeignet ist, und thatsächlich auch bildet, ist notorisch und bedarf keiner weiteren Erörterung.

Im Grunde dieser Erwägungen war nach Zulass des Hofd. vom 15. Februar 1833, JGS Nr. 2593, dem a. o. Revisionsrecurse Folge zu geben.

2664.

Damit ein Notar bestätigen könne, dass eine Person, deren Unterschrift er zu legalisiren hat, ihm persönlich bekannt ist, genügt nicht, dass ihm die Person der äusseren Erscheinung nach bekannt sei.

E. v. 17. März 1892, Z. 608. — (GZ 37 ex 92, Seite 294.)

Der oberlandesgerichtliche Disciplinarsenat erkannte: Notar A. habe dadurch, dass er, entgegen der Vorschrift des § 79 der NO, die von Anton R. auf den Schuldschein vom 20. December 1886 mit „Georg J." beigesetzte Unterschrift als eigenhändige Unterzeichnung des ihm persönlich bekannten Georg J. legalisirte, wiewohl ihm dieser letztere gänzlich fremd war, die ihm durch die §§ 38, 39 und 79 der NO auferlegten Pflichten verletzt und sich eines Disciplinarvergehens im Sinne des § 157 NO schuldig gemacht. Denn lediglich aus dem Umstande, dass Anton R. öfters in seiner Kanzlei erschien, sich als Georg J. ausgab und schliesslich mit einem auf diesen Namen lautenden Zettel des Bezirksrichters des Ortes zu ihm kam, welcher die Bewilligung der Aufnahme eines Pupillar-

capitales auf seine, d. i. des Georg J., Realität enthielt, durfte der Angeschuldigte noch nicht den Schluss ziehen, dass ihm Anton R. als Georg J. persönlich bekannt sei. Dadurch aber, dass er in Folge Mangels der nöthigen Aufmerksamkeit dies annahm und den betrügerischen Angaben des Anton R. vollen Glauben schenkte, hat der Angeschuldigte die ihm nach den §§ 38, 39 und 79 NO obliegenden Pflichten verletzt, indem er bestätigt hat, dass Georg J. den Schuldschein vom 20. December 1886 in seiner (des Notars) Gegenwart unterzeichnete, während dies doch in der That nicht Georg J., sondern Anton R. gethan hat.

Hiegegen überreichte A die Berufung, worin geltend gemacht wird: Der sich für Georg J. ausgebende Mann sei wiederholt zu ihm mit dem Ersuchen um ein kleines Pupillardarlehen auf seine Realität erschienen; dieser Mann sei sowohl ihm, als seinem Concipienten der äusseren Erscheinung nach von früher ganz gut bekannt, weil er mit ihm schon mehrere Rechtsgeschäfte aufgenommen habe; er, Berufungswerber, wäre fest überzeugt gewesen, dass er den Georg J. vor sich habe, und zwar um so mehr, als er vom Bezirksrichter selbst ihm als solcher bezeichnet wurde.

Der Disciplinarsenat des OGH wies die Berufung ab aus folgenden

Gründen:

Die Ausführungen des Berufungswerbers sind nicht geeignet, den demselben zur Last gelegten Vorgang zu rechtfertigen. Wenn schon nach § 67 NO jeder Notariatsact bei Verlust der Kraft einer öffentlichen Urkunde die Bestätigung enthalten müsse, dass der Notar die Parteien kenne, oder dass und durch wen ihm die Identität derselben bekräftigt worden sei, so verlangt § 79 NO bei der Legalisirung von Unterschriften ausdrücklich, dass, wenn der Notar die Partei nicht persönlich kennt, ihm die Identität derselben von zwei ihm persönlich bekannten Zeugen bestätigt sein müsse; nur in Betreff der Beiziehung des zweiten Identitätszeugen lässt § 5 des Ges. vom 4. Juni 1882, RGB Nr. 67, zu, dass dieselbe dann entfallen könne, wenn Derjenige, dessen Unterschrift zu beglaubigen ist, zur Feststellung seiner Identität Legitimationspapiere beibringt. Diesen gesetzlichen Vorschriften ist Berufungswerber bei Legalisirung der Unterzeichnung des Anton R. nicht nachgekommen. Mag sein, dass die in Rede stehende Person dem Berufungswerber, wie er behauptet, der äusseren Erscheinung nach bekannt war; persönlich aber und dem Namen nach bekannt war sie ihm schon deshalb nicht, weil die sich als Georg J. ausgebende Person in der That Anton R. war. Die Art, auf welche Berufungswerber seine Rechtfertigung versucht, vermag nicht seinen Irrthum als einen entschuldbaren darzustellen, weil eben in seinem Irrthume der Grund liege, aus welchem er alle vom Gesetze vorgeschriebenen oder nach dem Gesetze in Ausnahmsfällen zulässigen Mittel

ausgeschlossen hat, um sich über die Identität der Person, deren Unterschrift er zu legalisiren hatte, die Ueberzeugung zu verschaffen. Das angefochtene Disciplinarerkenntniss musste daher unter Abweisung der dagegen gerichteten Berufung bestätigt werden.

2665.

Der mit einer sich als eigenberechtigt gerirenden, den Eindruck einer volljährigen Person machenden unbeschränkten Eigenthümerin einer Realität abgeschlossene Darlehensvertrag ist trotz Minderjährigkeit derselben zur Zeit der Darlehensaufnahme giltig.

E v. 17. März 1892, Z. 2154. — (JB 22 ex 92, Seite 263.)

Die I. J. hat der Klage des A wider die minderjährige B auf Zahlung einer verbücherten Darlehensschuld per 1500 fl., welchem Begehren der Vormund der minderjährigen B die Einwendung der Minderjährigkeit der Geklagten entgegensetzte, stattgegeben.

Die II. J. hat die Klage abgewiesen.

Gründe:

Durch den Taufschein der Geklagten B ist erwiesen, dass diese am 6. November 1867 geboren wurde, mithin zur Zeit der Ausstellung des Schuldscheines ddto. 5. November 1885 noch nicht 18 Jahre alt war. Ebenso steht fest, dass die Geklagte die venia aetatis nicht erlangt hat und als uneheliches Kind, welches unter Vormundschaft stand, gemäss § 252 ABG zu jener Zeit auch nicht erlangen konnte. Der im Schuldschein documentirte Darlehensvertrag ist daher gemäss § 865 ABG für die Geklagte nicht rechtsverbindlich, indem diesem Schuldscheine die ibid. § 244 erforderliche Genehmigung der Vormundschaft fehlt, der Fall des § 246 nicht vorliegend und auch die Voraussetzungen des § 248 nicht zutreffen, indem die Geklagte zur Zeit des Vertragsabschlusses erst im 18. Lebensjahre stand und der Kläger zudem nirgends behauptet, dass sich dieselbe für grossjährig ausgegeben hätte. Hieraus folgt, dass auch das auf Grund des obigen Schuldscheines vom Kläger wegen der Darlehensforderung per 1500 fl. sammt Anhang auf das Haus der Geklagten erwirkte Pfandrecht nicht zu Recht bestehe, weil dasselbe auf keinem rechtlichen Titel (§ 449 ABG) basirt. Dem gegenüber kann sich Kläger nicht mit Erfolg auf die Thatsache berufen, dass zur Zeit der Darlehensgewährung das Eigenthumsrecht der Geklagten bei obigem Hause ohne jede Beschränkung im Grundbuche einverleibt war. Denn wenn auch die Geklagte laut Kaufvertrages dieses Haus ohne Genehmigung der Vormundschaft käuflich erworben hat und wenn auch angesichts dessen, als der Notar die auf diesem Vertrage ersichtliche Unterschrift der „ihm persönlich bekannten Frau

Leopoldine K." legalisirt hat, der Grundbuchsrichter deren Eigenberechtigung annehmen musste und daher das Eigenthumsrecht der B, ohne dass ihre Minderjährigkeit angemerkt worden wäre, bei dem erwähnten Hause einverleibt wurde, so erlangt die Geklagte durch diese Thatsachen doch keineswegs die Befugniss, Darlehen zu contrahiren und obiges Haus ohne Genehmigung ihrer Vormundschaft zu belasten. Dass die Geklagte zur fraglichen Zeit, ungeachtet sie sich damals im schwangeren Zustande befand, selbst für einen Laien als noch nicht 24 Jahre alt zu erkennen war, wird von den am 5. Juni 1891 vernommenen sachverständigen Aerzten als höchst wahrscheinlich bezeichnet. Wenn nun sowohl der Kläger als der Notar, welcher die Unterschrift der Geklagten auch auf dem Schuldscheine legalisirt hat, es unterliessen, die Geklagte um ihr Alter zu befragen und sich davon zu überzeugen, ob sie eigenberechtigt sei, so kann hiefür die Letztere umsoweniger verantwortlich gemacht werden, als nicht vorliegt, dass sie sich für eigenberechtigt ausgegeben hätte. Mangels eines Verschuldens der Geklagten kann daher dem Klagebegehren auch nicht aus dem Titel des Schadenersatzes stattgegeben werden. Die Frage aber, ob dem Kläger gegen die mittlerweile am 6. November 1891 physisch volljährig gewordene Geklagte etwa ein Anspruch aus dem Titel der Bereicherung zustehe, ist nicht Gegenstand dieses Rechtsstreites und entfällt daher jede weitere Erörterung in dieser Richtung.

Der OGH bestätigte das erstrichterliche U. aus folgenden

Gründen:

Aus den Processacten ergibt sich, dass die Geklagte weder bei der Errichtung des Darlehensschuldscheines vom 3. November 1885, noch bei den derselben vorausgegangenen Verhandlungen den hierbei intervenirenden Personen, nämlich dem Kläger, dem Agenten N und dessen Gatten, noch auch dem mit der Verfassung des Schuldscheines und der Legalisirung der Unterschriften betrauten Notar gegenüber eine Erwähnung davon machte, dass sie das 24. Lebensjahr noch nicht erreicht habe. Der Agent N und dessen Ehegattin sowie der Notar bestätigen, dass sie die Geklagte ihrem Aussehen nach für physisch volljährig hielten, wobei nicht unbeachtet bleiben kann, dass die Geklagte sich damals im sechsten Monate der Schwangerschaft befand, ein Zustand, der Veränderungen im Aussehen einer Frau bewirkt, welche über ihr Alter zu täuschen geeignet sind, und dass ihr bei der Errichtung des Schuldscheines sowohl als auch bei den vorausgegangenen Verhandlungen ihr Ehegatte zur Seite stand, was kraft der Stellung, welche das Gesetz dem Manne im Verhältnisse zu seiner Gattin einräumt, umsomehr geeignet war, allfällige Zweifel an der Eigenberechtigung der Geklagten zu unterdrücken. Diesen bestimmten Zeugenaussagen gegenüber kann dem erst sechs Jahre später über das physische Aussehen der Geklagten abgegebenen Befunde und Gutachten

von Aerzten über das Aussehen der Geklagten keine Bedeutung beigemessen werden. Es ist ferner zu erwägen, dass die Geklagte ebensowenig bei dem drei Monate vor Errichtung des Schuldscheines, nämlich am 4. August 1885, abgeschlossenen Kaufe über das Haus in Baumgarten, welches sohin als Hypothek für die Darlehensschuld per 1500 fl. bestellt worden ist, ihrer Minderjährigkeit Erwähnung gemacht hat und dass in Folge dessen bei der Einverleibung ihres Eigenthumsrechtes auf diese Realität eine Beschränknng ihrer Dispositionsfähigkeit und speciell ihrer Minderjährigkeit im Grundbuche nicht ausgezeichnet wurde und nicht ausgezeichnet werden konnte, da dem Tabulargerichte kein Anhaltspunkt dafür vorlag. Es kann daher dem Kläger in keiner Richtung ein Mangel an Aufmerksamkeit oder gar ein Verschulden zur Last gelegt werden, wenn er mit der sich als eigenberechtigt gerirenden, den Eindruck einer volljährigen Person machenden, als unbeschränkte Eigenthümerin des Hauses im Grundbuche erscheinenden Geklagten das Darlehensgeschäft schloss, in welchem die Letztere als Pfand für das laut des Schuldscheines empfangene Darlehen von 1500 fl. ihr Haus bestellte, zu dessen Meliorirung eben, den Aeusserungen der Geklagten zufolge, die Valuta verwendet werden sollte.

2666.

Das Versprechen, für die Schuld eines Dritten als Zahler einzutreten, ist unwirksam, wenn der Betrag der Schuld, deren Zahlung übernommen werden will, nicht ausgedrückt oder wenn nicht sonst erwiesen werden kann, dass bezüglich des Betrages der Schuld eine volle Uebereinstimmung des Willens der Contrahenten besteht.

E. v. 17. März 1892, Z. 2598. — (GH 28 ex 92, Seite 241.)

I. BG Landstrasse.
II. OLG Wien.

Albert F. belangte den Carl R. auf Zahlung von 150 fl. und führte zur Begründung des Klagsanspruches an, dass der Vater des Geklagten zu Anfang der Siebziger-Jahre von ihm ein Darlehen im Betrage von 500 fl. genommen, dass er auf diese Schuld bis zu seinem im Jahre 1878 erfolgten Tode ratenweise zusammen 350 fl. gezahlt hat, mithin diese Schuld zur Zeit des Todes noch mit dem Betrage von 150 fl. unberichtigt ausgehaftet hat; dass der Geklagte einige Zeit nach dem Tode seines Vaters über die Frage des Klägers, was mit dem restlichen Betrage der Schuld seines (des Geklagten) Vaters geschehen werde, erklärte, dass er diesen Restbetrag nach Thunlichkeit zahlen werde. Ueber diese sämmtlichen Behauptungen trug der Kläger dem Geklagten den verneinenden rückschiebbaren Haupteid auf.

Die I. J. hat das Klagebegehren abgewiesen.

Gründe:

Nach Ansicht des Gerichtes kann ein in der Form, wie sie in der Klage angeführt wird, abgegebenes Zahlungsversprechen rechterzeugend nicht wirken. Das Versprechen begründet für den versprechenden Theil erst dann die Pflicht zur Erfüllung desselben, wenn der andere Theil, welchem versprochen wurde, dieses Versprechen giltig angenommen hat; dann erst entsteht ein giltiger Vertrag und es muss, wenn zur Annahme des Versprechens kein Zeitraum bedungen worden ist, ein mündliches Versprechen ohne Verzug angenommen werden (§§ 861 und 862 ABG). Dass eine solche Annahme durch den Kläger erfolgt ist — hiebei wird vorausgesetzt, dass der Geklagte das Versprechen in der vom Kläger angeführten Form gemacht hat — wird vom Kläger gar nicht behauptet, doch selbst, wenn angenommen wird, dass diese Annahme stillschweigend geschehen ist (§ 863 ABG), oder wenn in der Frage des Klägers nach der Bezahlung der Schuld des Vaters des Geklagten ein dem Geklagten gestellter Antrag, diese Schuld zur Selbstzahlung zu übernehmen und andererseits in der darauf gegebenen Antwort des Geklagten, die Schuld nach Thunlichkeit bezahlen zu wollen, die Annahme des Antrages erblickt werden wollte, mithin angenommen wurde, dass auf diese Weise ein einseitiger Vertrag zwischen den Streittheilen geschlossen wurde; so müsste diese Art und Weise eines Vertragsabschlusses als den Bestimmungen des § 869 ABG zuwiderlaufend bezeichnet werden. „Bestimmt und verständlich“ muss die Willenserklärung sein, d. h. eine nothwendige, daher wesentliche Voraussetzung eines giltigen Vertrages ist es, dass die Willensübereinstimmung der vertragschliessenden Theile eine derartige ist, dass beide Theile sich vollkommen dessen bewusst sind, was versprochen, was angenommen wird und dass das Versprochene und das Angenommene vollkommen identisch ist; denn erfolgte die Annahme unter anderen Bestimmungen, als unter welchen das Versprechen geschehen ist, so entsteht überhaupt kein Vertrag. Es wurde wohl zur kritischen Zeit von einer Schuld des Vaters des Geklagten überhaupt gesprochen; allein, worin diese bestehe, was der Gegenstand derselben war, was also der ursprüngliche Schuldner und in welcher Höhe zu leisten hatte und was daher der Geklagte zur Zahlung übernommen hat, blieb einfach unerwähnt. Abgesehen davon, dass aus dem Umstande, dass Kläger zur Zeit des angeblichen Vertragsabschlusses die Schuld gar nicht präcisirt hat, geschlossen werden könnte, dass er sich selbst damals über die Höhe des Betrages noch nicht im Klaren war, behauptet er auch gar nicht, dass der Geklagte von der Höhe der Schuld überhaupt und insbesondere zur Zeit ihres Zusammentreffens Kenntniss hatte, geschweige denn, dass Geklagter die Schuld seines Vaters ausdrücklich agnoscirt hat, wie es ja zweifellos zur

Begründung einer selbstständigen Schuld an Stelle der früheren nothwendig gewesen wäre. Die Unbestimmtheit und Unverständlichkeit des Versprechens rechtfertigen vielmehr die Behauptung, dass Geklagter mit seiner Erklärung die Absicht, die Schuld zur Selbstzahlung zu übernehmen, nicht verbinden wollte, oder sie lassen im günstigsten Falle zumindestens einen Zweifel über die Richtung des Willens des Geklagten bestehen. In einem solchen Falle muss aber gemäss § 915 ABG angenommen werden, dass sich der Verpflichtete eher die geringere als die schwerere Last auflegen wollte, d. h. das Versprechen, welches Geklagter gab, konnte nur den Sinn haben, dass Geklagter offenbar aus Pietät für das Andenken an seinen verstorbenen Vater die Verpflichtung übernommen hat, sich dafür zu verwenden, dass dessen Schuld nach Thunlichkeit bezahlt werde.

Ueber Appellation des Klägers hat die II. J. die E. I. J. abgeändert und anerkannt:

Der Geklagte ist dann schuldig, dem Kläger den Betrag von 150 fl. zu bezahlen, wenn der Kläger: 1. den ihm duplicando zurückgeschobenen Haupteid dahin ablegt: „Es sei wahr, dass der Geklagte einige Zeit nach dem Tode seines Vaters dem Kläger über dessen Befragen, was mit dem restlichen Betrage der Schuld seines (des Geklagten) Vaters geschehen werde, erklärte: Er (Geklagter) werde diesen Restbetrag nach Thunlichkeit bezahlen;“ 2. im Falle der Ablegung dieses Eides weiters den ihm duplicando zurückgeschobenen Haupteid dahin ablegt: „Es sei wahr, dass er anfangs der Siebziger-Jahre dem Vater des Geklagten einen Betrag von 500 fl. dargeliehen und von ihm bis zu dessen Tode Gesammtbeträge von nur 350 fl. zurückgezahlt erhalten habe.“ — Falls Kläger den ihm sub 1 vorbehaltenen Beweis nicht erbringt, entfällt der Haupteid sub 2 und es wird ferner der Kläger mit seinem Klagebegehren abgewiesen.

Gründe:

Was das behauptete Zahlungsversprechen des Geklagten betrifft, so steht zwar fest, dass vom Kläger eine bestimmte Ziffer seiner Restforderung an den Vater des Geklagten nicht genannt und vom Geklagten die Zahlung eines ziffermässig bestimmten Betrages auch nicht versprochen wurde. Allein, es kann nicht bezweifelt werden, dass, wenn der Geklagte das Zahlungsversprechen in der Weise abgegeben hat, wie es vom Kläger behauptet wird, er die Zahlung der restlichen Schuld seines Vaters, ohne Rücksicht auf ihre Höhe, zugesichert habe und zu deren Zahlung verpflichtet sei, wenn dem Kläger in erster Linie der Beweis über das Zahlungsversprechen, in zweiter Linie über die Gebung eines Darlehensbetrages von 500 fl. und über die Rückzahlung eines Gesammtbetrages von 350 fl. gelungen sein wird. Nachdem der Geklagte im eigenen Namen Process führt, so kann ihm nach § 207 AGO auch über fremde Handlungen der Haupteid aufgetragen und von ihm mit Erfolg nicht eingewendet

werden, dass die über die beiden ersten Klagsbehauptungen ihm aufgetragenen Haupteide als Selbsteide unzulässig seien. Das erstrichterliche U. war daher dahin abzuändern, dass auf die sub 1 und 2 sententionirten Haupteide abgegangen wurde; dass der Haupteid sub 2 entfällt, wenn der Kläger mit dem Beweise sub 1 unterliegt, bedarf keiner näheren Begründung.

Ueber die Revision des Geklagten hat der OGH die E. I. J. wieder herzustellen, respective zu bestätigen befunden; in der Erwägung, dass das Versprechen eines Anderen, für die Schuld eines Dritten als Zahler einzutreten, wenn in diesem Versprechen der Betrag der Schuld, die zu zahlen übernommen werden will, nicht ausgedrückt ist, oder wenn nicht erwiesen werden kann, dass sonst bezüglich des Betrages eine völlige Willensübereinstimmung obwaltete, der zum Entstehen einer Vertragsverbindlichkeit vom Gesetze geforderten Bestimmtheit und Verständlichkeit entbehrt (§ 869 ABG);

in der Erwägung, dass aus der vom Kläger behaupteten Aeusserung des Geklagten — dieselbe als erwiesen angenommen — dahin lautend, den restlichen Betrag der Schuld seines Vaters nach Thunlichkeit bezahlen zu wollen. ihrer nicht genügenden Bestimmtheit und Verständlichkeit wegen noch kein Vertrag entstanden ist, wenn vom Kläger nicht solche Thatumstände beigebracht werden, aus denen mit Zuversicht erschlossen werden kann, dass der Geklagte sich auch der Zifferhöhe der Restschuld seines Vaters vollkommen bewusst war;

in der Erwägung, dass aber solche Thatumstände hier nicht vorliegen, indem einerseits der Kläger angab, dass bezüglich der diesfälligen Forderung an des Geklagten Vater und der hierauf geflossenen Abzahlungen schriftliche Aufzeichnungen nie gemacht wurden und wohl auch die seitens des Klägers mit dem Briefe vom 10. December 1890 (gegenschliesslich Beilage Nr. 2) geschehene Einmahnung der vermeintlichen Restforderung mit 250 fl. immerhin entnehmen lässt, dass der Kläger selbst über die Zifferhöhe der darauf mit 150 fl. in der Klage bezifferten Forderung nicht im Reinen war, und indem andererseits sich aus den nicht bestrittenen Angaben des Geklagten ergibt, dass er bereits einige Zeit vor dem Ableben seines Vaters sich in der Fremde befand, und indem wohl auch nicht vorauszusehen ist, dass der im elterlichen Hause lebende Sohn von seinem Vater Mittheilungen über die von ihm beim Kläger contrahirte Darlehensschuld und über die hierauf durch mehr als sechs Jahre geflossenen Abschlagszahlungen erhalten haben musste;

und in der Erwägung, dass es nicht angeht, die bezüglich der Zifferhöhe der Schuld, welche der Geklagte sich zu zahlen bereit erklärte, unbestimmte und daher zur Erzeugung einer Verbindlichkeit noch nicht geeignete Willensäusserung durch eine gerichtliche Feststellung dieser Zifferhöhe zu einer rechtsverbindlichen zu machen, weil dies nur damals

statthaft wäre, wenn der Geklagte sich zur Zahlung der Restschuld seines Vaters, wie sie in ihrer Zifferhöhe im Processwege durch das Gericht werde festgestellt werden, verpflichtet haben würde, was hier nicht der Fall war.

2667.

In dem Versprechen auf Zahlung eines bestimmten Betrages „über den Lohn hinaus“ muss nicht nothwendig eine Schenkung erblickt werden.

E. v. 17. März 1892, Z. 2916. — (GH 41 ex 92, Seite 346.)

I. BG Ottenheim.
II. OLG Wien.

Die A klagte die B als Universalerbin des C auf Zahlung von 200 fl., welche ihr C für zu leistende Krankenpflegedienste „über ihren Lohn hinaus“ versprochen hatte, nachdem sie vorher ihren Lohn für die Krankenpflege mit 5 fl. täglich eingeklagt und erstritten hatte.

Die I. J. wies die Klage ab, weil sich das Zahlungsversprechen im Hinblicke darauf, dass der angemessene Lohn abgesondert versprochen und bezahlt wurde, nicht als Lohnvertrag im Sinne des § 1151, sondern als belohnende Schenkung im Sinne der §§ 938, 940 oder aber 956 ABG darstelle, aus welcher Schenkung der Klägerin mangels der gehörigen Form kein Klagerecht erwachsen sei.

Ueber Appellation der Klägerin erkannte die II. J. auf Grund der abgeführten Zeugenvernehmung unbedingt auf Zahlung der 200 fl. und zwar aus folgenden

Gründen:

Durch die Aussagen der geführten Zeugen ist nach § 141 AGO der volle Beweis über die Abgabe des vorerwähnten Versprechens von Seite des C hergestellt.

Wird nun erwogen, dass die A erklärte, nicht länger die Wartung und Betreuung des selbst von der Geklagten als unreinlichen Menschen und als Sonderling bezeichneten C besorgen zu wollen, dass dieser, als ihm dies mitgetheilt worden war, die A zum weiteren Ausharren dadurch zu bewegen suchte, dass er ihr versprach, sie werde ausser ihrem Lohne noch einen Betrag von 200 fl. bekommen, wird ferner erwogen, dass A die Annahme dieses Versprechens durch ihr Verbleiben bei C bis zu dessen Ableben zu erkennen gab und bethätigte, so kann in dem erwähnten Versprechen nicht eine Schenkung, sondern es muss vielmehr in dem versprochenen Betrage per 200 fl. eine Entlohnung für die Dienstleistungen der Klägerin ausser ihrem Lohne erblickt werden.

Die Klägerin ist daher nach § 1156 ABG die Auszahlung des ihr zugesicherten Lohnes zu begehren berechtigt.

Der OGH bestätigte das obergerichtliche Reformaturtheil.

2668.

Zu den Rechten und Pflichten des Liquidators einer Handelsgesellschaft (Art. 137 HG).

E. v. 22. März 1892, Z. 3204. — (GZ 20 ex 92, Seite 160.)

I. HG Triest.
II. OLG Triest.

Dem Ansuchen des Liquidators der Firma X um freiwillige Feilbietung der Forderungen derselben im Gesammtbetrage von 130.465 fl. wurde vom ersten Richter keine Folge gegeben, weil die fraglichen Forderungen Eigenthum der Gesellschafter der aufgelösten Firma X sind und keine absolut untheilbare Sache bilden, weshalb beim Widerspruche des Gesellschafters A gegen die beabsichtigte öffentliche Veräusserung dieser Forderungen das Begehren des Liquidators unzulässig erscheint.

Das OLG hat den abschlägigen B. des ersten Richters bestätigt, und zwar in der Erwägung, dass die Forderungen im Gesammtbetrage von 130.465 fl. auf einmal und um jeden Preis, daher auch unter dem Nominalwerthe, feilgeboten werden sollen; dass, wenn auch gemäss Art. 137 HGB der Liquidator berechtigt ist, die Forderungen einzuziehen und das Vermögen der Gesellschaft zu versilbern, derselbe dessenungeachtet immer ein Bevollmächtigter bleibt und als solcher nach § 1008 ABG ohne eine besondere Vollmacht der Eigenthümer zum Verkaufe der Forderungen unter dem Nominalwerthe nicht schreiten könnte, weil ein solcher Verkauf, falls die Uneinbringlichkeit der Forderung nicht nachgewiesen wird, speciell aber im gegebenen Falle, in welchem es sich um eine grosse Quantität von Forderungen im namhaften Gesammtbetrage von 130.465 fl. handelt, eine Schenkung involviren würde.

Der OGH hat dem a. o. Revisionsrecurse des Liquidators keine Folge gegeben, weil mit Rücksicht auf den vom offenen Gesellschafter A der Firma X in Liquidation gegen die beantragte öffentliche Feilbietung der Forderungen erhobenen Widerspruch in den gleichförmigen E. der unteren Gerichte weder eine Nullität, noch eine offenbare Ungerechtigkeit erblickt werden kann.

2669.

Auch im Executivverfahren auf Grund eines vollstreckbaren Notariatsactes ist bei Hereinbringung von Steuern bis zu 500 fl. das Summarpatent massgebend.

E. v. 22. März 1892, Z. 3229. — (Przegl. I ex 93, Seite 4.)

I. BG Peczenizyn.
II. OLG Lemberg.

Das Gesuch des A wider B um Einverleibung des executiven Pfandrechtes pcto. schuldiger 300 fl. s. N. G. ob der Liegenschaft des B auf Grund eines notariell errichteten Schuldscheines mit der Vollstreckbarkeits-

clausel wies die I. J. zurück, weil B nicht mehr als Eigenthümer der Pfandsache erscheint und die gebetene Einverleibung nur gegen den im Grundbuche noch als Eigenthümer eingetragenen Schuldner zulässig erscheint.

Ueber Recurs des A willfahrte die II. J. dem Ansuchen, weil die bezügliche Realität des B im Erbwege an den heutigen Eigenthümer C gedieh, welcher den Erblasser repräsentirt (§ 547 ABG), das executive Pfandrecht jedoch im Grunde eines mit der Vollstreckbarkeitsclausel versehenen Notariatsactes (§ 3 NO) angesucht wurde.

Den Revisionsrecurs des C, welcher am 13. Tage nach Zustellung der E. II. J. eingereicht wurde, verwarf der OGH als verspätet unter Hinweis auf § 48 Summ.-Pat., denn im vorliegenden Falle handelt es sich um Hereinbringung einer Forderung unter 500 fl. ö. W., und es ist in solchen Fällen, sobald nicht durch besondere Vorschriften etwas Anderes geordnet ist, nach den Bestimmungen des Summ.-Pat. vorzugehen, dies um so mehr, als dieses Patent zwischen dem eigentlichen Streit- und dem Executionsverfahren nicht unterscheidet und keineswegs auf die Fälle zu beschränken ist, in denen dem Executivverfahren eine Processverhandlung voranging.

2670.

Zur Darthuung der passiven Wechselunfähigkeit darf der minderjährige Acceptant, welcher in den Geburtsmatriken nicht eingetragen ist, das Datum seiner Geburt durch Zeugen erhärten.

E. v. 22. März 1892, Z. 3312. — (Sp. IV ex 92, Seite 252.)

Gegen die Zahlungsauflage wendete B ein, dass er zur Zeit der Ausstellung rücksichtlich Acceptirung des Klagewechsels minderjährig, daher passiv nicht wechselfähig war und erbot sich, seine Minderjährigkeit durch zwei Zeugen zu erweisen, da er in den Geburtsmatriken nicht eingetragen erscheint, einen Geburtsschein daher nicht erlangen kann.

Die I. J. liess den von B angebotenen Zeugenbeweis zu und erklärte sohin den erlassenen Zahlungsauftrag für rechtsunwirksam, weil die einvernommenen Zeugen übereinstimmend angegeben haben, dass B im Sommer des Jahres 1870 zu X geboren wurde, es somit gemäss § 211 GO erwiesen ist, dass B zur Zeit der Ausstellung des Klagewechsels minderjährig, daher nicht fähig war, durch einen Vertrag sich rechtswirksam zu verpflichten (§ 21 und 865 ABG) und Wechselgeschäfte einzugehen (Art. 1 WO), der Klagewechsel sich somit als ungiltig darstellt und die Zahlungsauflage für rechtsunwirksam erklärt werden musste.

Dagegen hat die II. J. über Appellation des A den besagten Zahlungsauftrag unbedingt aufrecht erhalten, denn die Aussagen der Zeugen,

welche keine Actszeugen waren, können den Beweis über den Umstand, wann B geboren wurde, nicht herstellen. Dies könnte nach dem Hofd. vom 23. April 1813, JGS Nr. 1040, nur durch Personen, welche bei der Geburt Beistand geleistet, also bei dem Geburtsacte zugegen waren, oder nach dem Ges. vom 10. Juli 1868, RGB Nr. 12, mittelst eines Auszuges aus den Matrikenbüchern geschehen und falls B in denselben nicht eingetragen ist, so wären die betreffenden Bücher im vorgeschriebenen administrativen Wege zu ergänzen und ein Auszug aus den durch Eintragung des B ergänzten Geburtsmatriken zu produciren. Bisher steht die Einwendung der Wechselunfähigkeit des B wegen seiner Minderjährigkeit beweislos da und konnte umsoweniger berücksichtigt werden, als B in diesem Streite, wiewohl angeblich noch minderjährig, sich durch einen von ihm begewaltigten Mandatar vertreten lässt, sich als vollkommen handlungsfähig benimmt, wohingegen nach § 59 GO nur seinem gesetzlichen Vertreter das Recht zusteht, auf die Nullitätserklärung des Zahlungsauftrages im vorgeschriebenen Verfahren zu dringen.

Ueber Revision des B stellte der OGH die E. I. J. wieder her aus den

Gründen:

Dass über die Thatsache der Geburt eines Menschen auch ein Zeugenbeweis zulässig ist, fliesst aus dem Hofd. vom 23. April 1813, JGS Nr. 1040. Dieses Gesetz bestimmt jedoch nicht, dass hierüber nur die dortgenannten für unbedenklich erklärten Personen als Zeugen gehört werden können. Wenn nun der unbedenkliche Zeuge C bestätigt hat, dass er bei dem nach dem Gebrauche am achten Tage nach der Geburt vor sich gegangenen Acte der Beschneidung des B zugegen war, und dass dies im Jahre 1870 stattgefunden hat, wenn ferner der wegen seiner Verwandtschaft bedenkliche Zeuge D bezeugt, dass B im Jahre 1870 geboren wurde, so ist hiedurch nach §§ 211 und 219 wg. GO der Beweis als hergestellt anzusehen über solche factische Umstände, aus welchen sich folgerichtig ergeben muss, dass B im Jahre 1890 noch nicht majorenn und daher nicht wechselfähig gewesen ist, zumal der A im Processe nicht behauptet hat, dass derselbe auf andere Art zur Eigenberechtigung gelangt wäre und auf die diesbezügliche, in der Appellation vorgebrachte Neuerung nicht Bedacht zu nehmen ist (§ 333 wg. GO). Da übrigens der Umstand, dass B auch selbsthandelnd im Processe aufgetreten ist, mit der Frage seiner Wechselfähigkeit nichts gemein hat und dermalen nur über die Giltigkeit der gegen ihn erlassenen Zahlungsauflage abzusprechen ist, stellt sich die E. I. J. als gesetzlich gegründet dar.

2671.

Die Kosten der Urgenz eines executiven Tabulargesuches hat der nicht schuldtragende Execut nicht zu ersetzen.

E. v. 22. März 1892, Z. 3479. — (Práv. XI ex 92, Seite 379.)
I. st.-del. BG Alt- und Josefstadt Prag.
II. OLG Prag.

Dem bei der requirirten Grundbuchsinstanz eingebrachten urgirenden Einschreiten des Exequenten A um Beschleunigung der Vollziehung der seitens der I. J. als forum requirens bewilligten Pfandrechtseinverleibung willfahrte die requirirte Gerichtsbehörde unter Zuerkennung gemässigter Gesuchskosten an den A wider den Executen B, weil auch dieses Gesuch durch die Nichteinhaltung der Zahlungsraten von Seite des B veranlasst wurde, wogegen die II. J. über Recurs des B den angefochtenen Kostenzuspruch behob, weil dieses blos urgirende Gesuch in die Kategorie der Eingaben im Streitverfahren nicht einzureihen und § 24 der Proc.-Nov. hier unanwendbar ist.

Ueber Revisionsrecurs des A bestätigte der OGH die E. II. J. in der Erwägung, dass B die Verzögerung in der Erledigung des besagten Requisitionsschreibens nicht verschuldet hat und daher laut § 24 cit. nicht verpflichtet ist, die Kosten der Urgenz zu ersetzen.

2672.

Eine auf die Erben lautende Versicherungspolice kann von dem Versicherer durch einen Rechtsact unter Lebenden mit Rechtswirksamkeit verpfändet werden.

E. v. 22. März 1892, Z. 3561. — (JMB 767 ex 92, Seite 97.)

Die I. J. hat dem Klagebegehren der Erben nach C um Ausfolgung einer Lebensversicherungspolice, eventuell Zahlung von 2322 fl., stattgegeben.

Gründe:

Das entscheidende Moment in diesem Rechtsstreite kann nur die Frage bilden, ob eine auf die Erben lautende Versicherungspolice von dem Versicherten durch einen Rechtsact unter Lebenden mit Rechtswirksamkeit verpfändet werden kann. Unbestritten ist es, dass laut der Police die Versicherungssumme nach dem Tode des C an dessen gesetzlichen Erben auszuzahlen war, und dass C diese Versicherung, ohne jemals eine Aenderung vornehmen oder vormerken zu lassen, bis zu seinem Tode aufrecht erhalten hat. Da nun die Zahlung des Versicherungscapitals erst nach dem Tode des Versicherten zu leisten war, so folgt hieraus, dass bei Lebzeiten des Versicherten ein Forderungsrecht des letzteren an die Versicherungsgesellschaft auf Zahlung der Versicherungssumme nicht bestand,

somit, da der Versicherte weder Eigenthümer noch Besitzer des Versicherungscapitals war, eine Verpfändung desselben, beziehungsweise der Police mit Rechtswirkung nicht erfolgen konnte. Den aus dem Versicherungsvertrage berechtigten Personen, im vorliegenden Falle den Erben nach C, muss also beim Eintritte der Fälligkeit der Forderung (des Todestages des Versicherten) das ihnen nach § 456 ABG eingeräumte Recht, die Police zurückzufordern, zuerkannt werden.

Das OLG hat das Klagebegehren abgewiesen.

Gründe:

Der Versicherungsvertrag, welcher blos zwischen dem Versicherten C und der Versicherungsgesellschaft, allerdings zu Gunsten Dritter geschlossen wurde, war in seiner Existenz selbst zu Lebzeiten des Versicherten von diesem abhängig; der Versicherte konnte durch Nichtzahlung der Prämien den Versicherungsvertrag zum Erlöschen bringen und auch sonst im Einverständnisse mit der Versicherungsanstalt als Mitcontrahentin jede beliebige Aenderung an dem Inhalte des Versicherungsvertrages stipuliren; er war im rechtlichen Besitze der Police, auf welche die in derselben genannten Begünstigten vor dem Tode des Versicherten gar keinen Anspruch hatten; der Versicherte konnte daher über die Police selbst zu seinen Lebzeiten ohne jede Intervention der Begünstigten frei disponiren, er konnte dieselbe daher auch mit Rechtswirksamkeit gegen seine gesetzlichen Erben an die geklagte Firma verpfänden. Eine solche Verpfändung ist eine „Verminderung" der Versicherungssumme, zu welcher der Versicherungsnehmer, der ja die ganze Versicherung auflösen konnte, bei seinen Lebzeiten berechtigt war; diese Verpfändung müssen die Kläger auch gegen sich gelten lassen, denn sie ist eine Destinationsänderung der Police, welche noch vom contrahirenden und destinirenden Versicherungsnehmer vor dem Beginne des Anspruches der Begünstigten auf die versicherte Summe vollzogen wurde. Die Police, welche statutengemäss auch für Vorschüsse des Versicherungsinstituts selbst verpfändbar ist, ist keine ausser dem Rechtsverkehre stehende Sache im Sinne des § 448 ABG und konnte daher vom Versicherten rechtswirksam verpfändet werden.

Der OGH hat das oberlandesgerichliche U. bestätigt.

Gründe:

In der Verpfändung der in Rede stehenden Police kann ein der Rechtswirkung entbehrender Act nicht erkannt werden. Durch keine gesetzliche Vorschrift ist die Verpfändung derartiger Policen verboten, und derzeit handelt es sich auch nicht darum, welche Tragweite dieser Verpfändung beizumessen sei und ob das von der geklagten Firma erworbene Pfandrecht sich auf die Summe erstrecke, welche die Versicherungsanstalt den gesetzlichen Erben des C gegen Rückstellung der Police auszubezahlen verpflichtet ist. Derzeit handelt es sich nur darum, ob ungeachtet

der erfolgten Verpfändung, das ist ungeachtet des der geklagten Firma vertragsmässig zustehenden Rechtes, die Police als Pfand insolang zu behalten, bis die Schuld zur Tilgung gelangt, zu deren Deckung die Police als Pfand bestellt wurde, die Kläger die Herausgabe der Police verlangen können.

Eine derartige Berechtigung steht den Klägern nicht zu und war demgemäss das oberlandesgerichtliche U. zu bestätigen.

2673.

Aus dem Stande des Geklagten, sowie aus der Entstehung, Beschaffenheit und Grösse der eingeklagten, vom Belangten urkundlich anerkannten Forderung können hinsichtlich der Fälligkeit der letzteren Folgerungen, welche sich weder aus den in der Klage enthaltenen Angaben, noch aus dem Contexte der beigebrachten Schuldurkunde mit Nothwendigkeit ergeben, nicht gezogen werden.

E. v. 22. März 1892, Z. 3653. — (GZ 18 ex 92, Seite 143.)

I. LG Wien.
II. OLG Wien.

Das OLG hat den über die Executivklage des A gegen die Sängerin B peto. 5883·80 fl. erflossenen, die Einleitung des Executivverfahrens in Gemässheit des § 298 AGO und des Hofd. vom 7. Mai 1839, JGS Nr. 358, anordnenden erstrichterlichen B. abgeändert und die Einleitung des schriftlichen Verfahrens verfügt, weil der Schlussvermerk auf der Rechnung A zwar die Schuldanerkennung der Geklagten bezüglich der eingeklagten Forderung enthält, bei dem Charakter des Schlussvermerkes, als eines blossen Empfangs- und Schuldbekenntnisses, über die Fälligkeit der eingeklagten Forderung aber ein Urkundenbeweis nicht vorliegt; weil dieser Mangel im gegebenen Falle auch weder durch die Bestimmung der §§ 1062 und 1156 ABG, noch durch die Bestimmung des § 904 ABG ersetzt werden kann; durch die ersteren deshalb nicht, weil aus dem Stande der Geklagten einerseits und aus der Entstehung, Beschaffenheit und Grösse der eingeklagten Forderung andererseits unzweifelhaft hervorgeht, dass sie nicht aus Comptant-, sondern aus Borggeschäften herrührt; durch die Bestimmung des § 904 ABG aber darum nicht, weil darüber, wie diese Borgverträge geschlossen worden sind, weder die Klage, noch die Rechnung A irgend etwas enthält.

Der OGH hat über den Revisionsrecurs des Klägers den B. der I. J. wieder hergestellt, und zwar in der Erwägung, dass die Beilage A der Klage als eine vollen Glauben verdienende Urkunde anzusehen ist, welche die von Seite der Geklagten erfolgte Anerkennung einer Schuld für gelieferte Waaren darthut, deren Bezahlung, falls keine entgegenstehende Vereinbarung getroffen worden wäre, sofort gefordert werden kann (§ 904

ABG); dass der Bestand einer entgegenstehenden Vereinbarung über die Zahlungsmodalitäten von der Geklagten allerdings im Laufe des Processes eingewendet werden kann, es jedoch nicht angeht, aus dem Stande der Geklagten, sowie aus der Entstehung, Beschaffenheit und Grösse der eingeklagten Forderung Folgerungen zu ziehen, welche sich weder aus den in der Klage enthaltenen Angaben, noch aus dem Contexte der beigebrachten Schuldurkunde mit Nothwendigkeit ergeben, und dass demnach dem vom Kläger gestellten Begehren ein gesetzlich begründetes Bedenken keineswegs entgegensteht.

2674.

Den erbserklärten Erben des Depositars kann der Haupteid auch über fremde Handlungen aufgetragen werden.

E. v. 23. März 1892, Z. 2236. — (JB 29 ex 92, Seite 347.)

Frau S. B. belangte die übrigen erbserklärten Erben ihres Ehegatten O. B., und zwar dessen Bruder F. B., die Erben seiner Schwester N. P. und seine Mutter E. B. auf Rückstellung der in die Nachlassmasse des O. B. einbezogenen Pfandbriefe im Nominalwerthe von 5500 fl. Frau S. B. stützte ihr Klagebegehren im Wesentlichen auf einen mit ihrem verstorbenen Ehegatten bezüglich der fraglichen Pfandbriefe abgeschlossenen Verwahrungsvertrag und bot zum Beweise desselben ausser anderen Beweismitteln den referiblen Haupteid an.

Die I. J. wies die Klage unbedingt ab.

Gründe:

Die oberwähnten, auf den Ueberbringer ausgestellten vierpercentigen Pfandbriefe des Galizischen Bodencreditvereines im Nominalwerthe von 5500 fl., die das Object des gegenwärtigen Rechtsstreites bilden, wurden von dem Steueramte in K. S. dem Depositenamte des hiesigen LG für Rechnung der Nachlassmasse des weiland O. B. eingesendet, da dieser letztere sie seinerzeit als Caution zur Sicherstellung der Steuer von der Branntweinerzeugung auf seinem Gute T. erlegt hatte. Die Klägerin, Witwe und Miterbin des O. B., hat schon im Laufe der Nachlassabhandlung das Begehren um Ausfolgung der obbesagten angeblich ihr eigenthümlich gehörigen Pfandbriefe gestellt. Sie wurde jedoch über Opposition des Miterben F. B. mit B. vom 1. December 1888, Z. 46121, mit diesem Begehren auf den o. Rechtsweg verwiesen. In dem gegenwärtigen Rechtsstreite stellt die Klägerin neuerlich dieses Begehren und stützt die Klage de praes. 29. April 1890, Z. 18755, auf einen angeblich mit dem verstorbenen O. B. abgeschlossenen Verwahrungsvertrag des Inhaltes, sie habe obige Pfandbriefe, die früher in ihrem Besitze waren, ihrem Ehegatten O. B.

auf eine unbestimmte Zeit zur Aufbewahrung gegeben. Dieser letztere habe diese Pfandbriefe in seiner Casse längere Zeit als ihr Eigenthum aufbewahrt und habe diese Effecten nachher mit ihrem Wissen und ihrer Einwilligung beim Steueramte in K. S. als Caution in der obbesagten Weise erlegt. Die Klägerin versucht die von dem Gegentheile (dem F. B.) widersprochene Existenz und den Inhalt des oberwähnten Verwahrungsvertrages durch das Codicill des O. B. ddto. Z. den 14. October 1883 zu beweisen, welches die Erklärung enthält, dass alle in diesem Codicille nicht ausdrücklich aufgezählten Pfandbriefe Eigenthum der Klägerin sind, eventuell durch den referiblen Haupteid, indem sie ferner nachweist, dass die übrigen Mitbelangten, und zwar die E. B. und die N. P. schon im Zuge der Nachlassabhandlung in die Ausfolgung der obigen Pfandbriefe eingewilligt haben. Alle in der Klage vorgebrachten Beweismittel wurden von dem Belangten F. B. in wirksamer Weise angefochten und stellen sich als in dem gegenwärtigen Rechtsstreite unentscheidend, respective unzulässig dar. Denn, obwohl die Ansicht der Klägerin richtig ist, dass sie, da sie ihr Begehren einzig und allein auf den Verwahrungsvertrag stützt, nicht verpflichtet sei, den Rechtstitel und die Art der Erwerbung des Eigenthums der den Gegenstand des Verwahrungsvertrages (§§ 961, 962 und 963 ABG) bildenden Pfandbriefe nachzuweisen, so obliegt doch der Klägerin gemäss § 170 wg. GO die Pflicht, einen nach dem Gesetze zulässigen Beweis über das widersprochene Factum des Abschlusses des oberwähnten Verwahrungsvertrages, sowie über den ebenfalls widersprochenen Umstand zu liefern, dass die in der Klage erwähnten Pfandbriefe und nicht etwa andere Effecten Gegenstand dieses Vertrages waren. Wenn man zur Erörterung der einzelnen von der Klägerin angebotenen Beweismittel schreitet, so muss vor Allem bemerkt werden, dass der Inhalt des Codicilles des weiland O. B. vom 14. October 1883 (Beilage B der Klage) und insbesondere der Nachtragsabsatz dieser letztwilligen Verfügung, in dem der Testator die in seiner Aufbewahrung befindlichen fremden Deposite aufzählt, nach der Beschreibung des aus anderweitigen Effecten bestehenden Depositums der Klägerin folgende Worte enthält: „Ihr (d. h. der S. B.) Eigenthum sind auch die übrigen oben nicht angeführten Pfandbriefe.“ Aus einer so allgemein gehaltenen Erklärung des Testators folgt keineswegs, wie der Belangte richtig bemerkt hat, dass auch die strittigen Pfandbriefe von weiland O. B, als Eigenthum respective Deposit der Klägerin anerkannt worden sind, insolange nicht nachgewiesen wird, dass diese Pfandbriefe bereits an dem Tage der Errichtung des obigen Codicills, d. h. am 14. October 1883, in der Verwahrung des O. B. waren, insbesondere, da diese Pfandbriefe laut Klagsbeilage K erst am 11. December 1886 beim Steueramte in K. S. erlegt worden sind, die Möglichkeit aber nicht ausgeschlossen ist, dass O. B. in der Zwischenzeit, d. h. nach dem 14. October 1883, die besprochenen Pfandbriefe aus seinen eigenen Mitteln für sich erworben habe.

Da die Klägerin aber die Thatsache der Verwahrung der oberwähnten Pfandbriefe in der Casse ihres Mannes O. B. vor dem 14. October 1883 oder zum mindesten seit diesem Tage gar nicht bewiesen hat, so entbehrt der ganze Inhalt des Codicills (Beilage B der Klage) im gegenwärtigen Rechtsstreite jeder Bedeutung. Ebenso gleichgiltig ist der Umstand, dass die übrigen Miterben nach O. B. und insbesondere E. B. (dessen Mutter) und N. P. (dessen Schwester) im Zuge der Nachlassabhandlung in die Ausfolgung der strittigen Pfandbriefe aus dem Gerichtsdeposite an die Klägerin eingewilligt haben, da aus den Klagsbeilagen durchaus nicht zu ersehen ist, dass diese Einwilligung der obigen Miterben mit einer ausdrücklichen Anerkennung der Eigenthumsrechte der Klägerin verbunden gewesen sei. In keinem Falle können aber die Erklärungen der Mitbelangten die Rechte des Erstbelangten F. B. tangiren, der sich entschieden dem Klagebegehren widersetzt. Wenn wir zur Beurtheilung der Zulässigkeit des von der Klägerin angebotenen eventuellen Beweises durch den Haupteid übergehen, so kann man dem Einwurfe der Belangten respective des F. B., dass er von dem angeblichen Verwahrungsvertrage, den die Klägerin in einem gar nicht näher bezeichneten Zeitpunkte mit ihrem Manne O. B. abgeschlossen haben will, keine Kenntniss habe und den ihm in negativer Form aufgetragenen Haupteid nicht annehmen könne, und insbesondere nicht im Stande sei, den Abschluss und den Inhalt des angeblichen Depositenvertrages eidlich zu widersprechen, nicht einmal mit dem Beisatze seines Wissens und Erinnerns, und daher genöthigt wäre, im Falle der Zulassung dieses Beweises den Eid der Klägerin zur Abschwörung in affirmativer Form zurückzuschieben, seine Berechtigung nicht absprechen. Aus diesem Sachverhalte ergäbe sich selbstverständlich eine Beschränkung der Freiheit des Erstbelangten bezüglich der Annahme oder der Rückschiebung des Haupteides; dies wäre unstreitig ein offenbarer Widerspruch mit dem Wesen und der Bedeutung des gesetzlichen Beweises durch den Haupteid, dessen Hauptmerkmal eben in der Möglichkeit besteht, dass derselbe vom Gegentheil zur Abschwörung in negativer Form angenommen werde (§ 275 wg. GO). Wenn diese Freiheit für den Delaten nicht vorhanden ist, nimmt der Haupteid den Charakter eines Selbsteides des Deferenten an, der als Beweismittel gemäss der geltenden GO unzulässig ist. Die Klägerin versucht zwar, den in der Klage angebotenen Haupteid auf die Vorschrift des § 280 wg. GO zu stützen. Dieser Paragraph lässt die Auftragung des Haupteides an eine Person, die im eigenen Namen Process führt, nicht nur über eigene, sondern auch über fremde Handlungen zu. Diese Vorschrift stösst aber keineswegs die allgemeinen Merkmale des Haupteides um, die oben angegeben wurden, denn über fremde Thatsachen kann ein derartiger Beweis offenbar nur dann zugelassen werden, wenn die zu beweisenden Thatsachen dem Delaten bekannt sein können, wenn auch nicht auf Grund eigener Wahrnehmung.

Im gegenwärtigen Falle handelt es sich aber um ein unter Ehegatten mündlich abgeschlossenes Rechtsverhältniss, somit um ein Factum, das für dritte Personen ein Geheimniss ist, und dessen Erforschung, wenn auch in der allgemeinsten Art für den Erstbelangten umsoweniger möglich ist, da die Klägerin nicht einmal annäherungsweise angibt, wann dieser Vertrag abgeschlossen wurde und auch keinerlei entsprechende Mittel angibt, mit deren Hilfe der Erstbelangte zu dem Schlusse gelangen könnte, dass ihre Behauptung zum mindesten wahrscheinlich sei. Als Mittel zu diesem Zwecke kann weder die Berufung auf die eigene Persönlichkeit der Klägerin angesehen werden, die angeblich nicht leichtsinnigerweise einen Beweis durch den Hauptеid anbieten würde, denn die Beurtheilung der Wahrheitsliebe der Klägerin ist nicht Sache des Gegentheiles und umsoweniger des Gerichtes, noch auch die Thatsache, dass die übrigen Miterben im Zuge der Nachlassabhandlung in die Ausfolgung der streitigen Pfandbriefe an die Klägerin eingewilligt haben, da aus den Acten die Beweggründe, die diese Miterben zu einer derartigen Einwilligung veranlasst haben, nicht ersichtlich sind, noch auch die Berufung der Klägerin auf ihr Familienvermögen; denn aus den Klagsbeilagen ist es ersichtlich, dass ihr Gatte weiland O. B. ebenfalls ein bedeutendes Vermögen besessen hat, und es ist in Anbetracht dessen die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, dass er aus den Einkünften seines Vermögens in der Zeit zwischen dem 14. October 1883 und dem 11. December 1886 die fraglichen Pfandbriefe angekauft habe, insbesondere da er diese Pfandbriefe am 11. December 1886 als Steuercaution im eigenen Namen und nicht im Namen der Klägerin erlegt hat. Um diese letztere Thatsache aufzuklären, behauptet die Klägerin, dass die strittigen Pfandbriefe mit ihrem Wissen und Willen als Steuercaution verwendet worden sind. Hieraus folgt, dass sie mit ihrem Ehegatten O. B. ein Nachtragsübereinkommen geschlossen haben muss, und zwar entweder einen Darlehens- oder einen Leihvertrag, je nachdem sich weiland O. B. verpflichtet hat, ihr seinerzeit Pfandbriefe derselben Art und auf denselben Betrag lautend im Allgemeinen oder genau diese bestimmt bezeichneten Effecten zu retourniren (§§ 971, 972, 983, 984 und 985 ABG). In dem ersteren Falle wären die strittigen Pfandbriefe in das Eigenthum des Darlehennehmers übergegangen und die Klägerin könnte nicht deren Rückstellung auf Grund des früheren Verwahrungsvertrages begehren; es müsste überdies die Einwendung der Ungiltigkeit eines zwischen Ehegatten nicht in Form eines Notariatsactes abgeschlossenen Darlehensvertrages berücksichtigt werden. Im zweiten Falle würde der Umstand gegen die Klägerin sprechen, dass weiland O. B. die obigen Pfandbriefe als Steuercaution im eigenen Namen erlegt hat, obgleich er als pensionirter Vicepräsident der Statthalterei (Beilage D der Klage), somit als absolvirter Jurist wissen musste, dass der Leihvertrag keinen Eigenthumstitel bezüglich des geliehenen Gegenstandes bildet. In jedem

Falle hat aber die Klägerin keineswegs nachgewiesen, dass der Belangte in der Lage war, sei es unmittelbar, sei es mittelbar, von der Existenz eines derartigen nachträglichen Darlehens- oder Leihvertrages Kenntniss zu haben. Da aber die Klägerin zur Erhärtung des Umstandes, dass die strittigen Pfandbriefe mit ihrem Wissen und Willen als Steuercaution verwendet worden sind, als Beweis ebenfalls nur den rückschiebbaren Haupteid anbietet, so stellt sich auch dieser Haupteid aus den obangeführten Gründen als ein nach dem Gesetze unzulässiges Beweismittel dar. In Anbetracht dieses Sachverhaltes und mit Hinblick darauf, dass die Mitbelangten, die in dem gegenwärtigen Rechtsstreite weder Rede noch Antwort gegeben haben, nach den allgemeinen Processgrundsätzen ohne Rücksicht auf ihre im Zuge der Nachlassabhandlung nach O. B. abgegebenen Erklärungen dafür geachtet werden, dass sie sich mit der Vertheidigung des Erstbelangten einverstanden erklärt haben, war die Klägerin mit dem Begehren der Klage de praes. 29. April 1890, Z. 18755, vollständig abzuweisen, da dessen vom Gegner widersprochene factische Grundlage nicht in gehöriger Weise bewiesen worden ist.

Die II. J. hat die E. I. J. bestätigt.

Gründe:

Die letztwillige Verfügung des O. B. ddto. 14. October 1883 kann im vorliegenden Falle keinen Beweis zur Unterstützung des Klagebegehrens bilden, denn in diesem Codicill wird nur im Allgemeinen von Pfandbriefen Erwähnung gethan, die Eigenthum der Klägerin sind; es ist daher nicht dargethan, dass diese Pfandbriefe mit den das Streitobject bildenden Pfandbriefen identisch sind; da ferner Klägerin keinen Beweis darüber geliefert hat, dass diese Effecten schon am 14. October 1883 im Besitze weiland O. B.'s waren. Die Gegenseite war aber nicht verpflichtet, den Gegenbeweis zu führen, dass der Verstorbene diese Pfandbriefe für sich selbst angekauft habe; denn in diesem Falle ist die Behauptung genügend, dass diese Pfandbriefe sich zur Zeit des Todes des O. B. in dessen Nachlass befanden. Die Appellantin fühlt sich aber hauptsächlich dadurch beschwert, dass der in der Klage über die Umstände, die den Rechtstitel des Klagebegehrens nachweisen, angebotene Haupteid nicht zugelassen wurde, nämlich der Haupteid über den Verwahrungsvertrag, auf Grund dessen die Klägerin die Ausfolgung der strittigen Effecten begehrt. Die Ansicht der Klägerin, dass im vorliegenden Falle der Haupteid zulässig sei, beruht auf einer falschen Auslegung des § 280 wg. GO. Dieses Gesetz gestattet zwar die Delation des Haupteides sowohl über eigene als auch über fremde Handlungen, macht aber zur Bedingung die völlige Freiheit der Streittheile, den angebotenen Haupteid anzunehmen oder zurückzuschieben (§ 277 wg. GO); es setzt ferner voraus, dass der Delat von diesen Handlungen, wenn auch nicht auf Grund eigener unmittelbarer Wahrnehmung

Kenntniss haben kann. Dies folgt schon aus dem § 279 wg. GO, demgemäss Derjenige, welcher den ihm von der Gegenseite deferirten Haupteid angenommen hat, schuldig ist, die vom Gegner angeführten Thatsachen mit dem Beisatze „seines Wissens und Erinnerns“ eidlich zu verneinen. Dieser Eid ist nicht Eid des Nichtwissens (de ignorantia facti); im Gegentheile, es folgt aus dem Sinne dieses Gesetzes, dass Derjenige, der Thatsachen mit dem Beisatze „seines Wissens und Erinnerns“ eidlich verneint, zu erkennen gibt, dass er mit Rücksicht auf die Zeit, den Ort, die Umstände, unter denen das Ereigniss vor sich ging, in der Lage war, sich von der Existenz dieser Thatsache zu überzeugen, insoferne dieselbe sich wirklich ereignet hat, und dass er blos aus dem Grunde, weil er sich an dieses Factum nicht erinnere, für wahr halte, dass ein solches Factum sich nicht ereignet habe; denn von einer Thatsache, die sich ausserhalb des Kreises unserer Wahrnehmungen ereignet hat, können wir nur versichern, dass wir von einer solchen Thatsache nichts wissen, können aber nicht behaupten, dass wir uns an diese Thatsache nicht erinnern. Ferner bestimmt der § 279 wg. GO, dass Derjenige, der den Eid angenommen hat, die vom Gegner angeführten Thatsachen mit dem obigen Beisatze zu verneinen hat, d. h. beschwören muss, dass, soweit er wisse und sich erinnere, die Sache sich ganz entgegengesetzt verhalte. Wenn die Klägerin also behauptet, dass sie alle strittigen Pfandbriefe sammt Coupons und Talons dem seligen O. B. blos zur Verwahrung übergeben habe, so müsste der Erstbelangte beschwören, dass die Klägerin diese Pfandbriefe dem seligen O. B. nicht zur Verwahrung übergeben hat, was offenbarerweise nicht dasselbe ist, als wenn er schwören würde, dass er nicht wisse, ob die Klägerin die strittigen Pfandbriefe dem seligen O. B. zur Verwahrung übergeben hat. Dieser Unterschied zeigt uns, in welchem Sinne die Vorschrift des § 279 wg. GO ausgelegt werden soll, insbesondere, dass der Beweis durch den Haupteid über fremde Handlungen zugelassen werden darf, jedoch nur dann, wenn der Delat die Möglichkeit hatte, sich, wenn auch auf mittelbare Weise, von der Wahrheit der Thatsachen zu überzeugen. Im vorliegenden Falle behauptet die Klägerin, dass sie mit weiland O. B. einen Verwahrungsvertrag abgeschlossen habe; dieses Rechtsgeschäft hat zwischen Ehegatten zu einer von der Klägerin selbst nicht näher bestimmten Zeit stattgefunden, die Belangten vertheidigen sich als Erben nach weiland O. B. und wenden ein, dass sie von einem derartigen Vertrage nichts wissen und nichts wissen können; die Klägerin hat aber keinerlei Umstände angeführt, geschweige denn bewiesen, aus denen hervorgehen würde, dass die Belangten von diesem Vertrage irgendwie Kenntniss erlangen konnten; bei einer derartigen Sachlage sind die Belangten respective der Erstbelangte nicht in der Lage, den ihnen aufgetragenen Haupteid abzuschwören und daher ist auch dieser Haupteid unzulässig.

Der OGH hat über a. o. Revision der Klägerin beide untergerichtlichen U. aufgehoben und der Klage gegen Abschwörung des Eides, „dass die Klägerin dem O. B. die strittigen Pfandbriefe zur Verwahrung übergeben habe“, vollinhaltlich stattgegeben.

Durch die als thatsächliche Grundlage des Klageanspruches behauptete Thatsache, dass die Klägerin die im Enuntiate angeführten Pfandbriefe ihrem Gatten O. B. in Verwahrung gegeben habe, würde das auf die Ausfolgung dieser Pfandbriefe sammt Coupons und Talons, dann der durch die zwischenweilige Realisirung fälliger Coupons erzielten Baarschaft nach §§ 958, 961 und 963 ABG gerichtete Klagebegehren gegründet sein, ohne dass die Klägerin noch den Beweis ihres Eigenthums dieser Pfandbriefe zu erbringen hätte, wie es geklagterseits verneint wird, weil der Depositar nach den bezogenen Gesetzesstellen schon vermöge des Verwahrungsvertrages zur Zurückstellung der verwahrten Sache verpflichtet ist. Der Umstand, dass O. B., wie die Klägerin angibt, die Pfandbriefe mit ihrer Zustimmung zeitweilig als Caution zur Sicherstellung von Steuern verwendete, ändert an dieser Verpflichtung nichts, weil die vom Cautionsbande freigewordenen Pfandbriefe unbestrittenermassen durch den gerichtlichen Erlag derselben wieder in die Innehabung der Verlassenschaft des verstorbenen Depositars gelangt sind, und durch das Entfallen des „zeitweisen“ Gebrauches derselben das durch den Verwahrungsvertrag ursprünglich begründete Rechtsverhältniss wieder hergestellt wurde. Die beiden Gerichte der unteren Instanzen haben, die Einrede des allein Rede und Antwort gebenden Erstgeklagten F. B. berücksichtigend, das Klagebegehren wegen Unzulänglichkeit, respective Unzulässigkeit der über den bestrittenen factischen Klagegrund angebotenen Beweismittel abgewiesen. Der Ausspruch der Untergerichte, dass die letztwillige Anordnung des Depositars O. B. vom 14. October 1883 (Klagebeilage B) die Klagebehauptung zu erweisen nicht geeignet sei, kann in der Erwägung nicht beanständet werden, dass in dieser letztwilligen Anordnung weder von den angesprochenen specifisch bezeichneten Pfandbriefen, noch von dem den eigentlichen Rechtsgrund der Klage bildenden Verwahrungsvertrage Erwähnung geschieht. Dagegen kann der weitere Ausspruch, dass der von der Klägerin den Belangten subsidiär aufgetragene Haupteid deshalb unzulässig sei, weil der Erstbelangte von der zu beschwörenden Thatsache keine Kenntniss habe, als gesetzlich gerechtfertigt nicht angesehen werden. Die Klage ist gegen die Belangten als die erbserklärten Erben des Depositars O. B. gerichtet. Die Belangten sind gemäss § 547 ABG Repräsentanten desselben, sie führen sonach den Process im eigenen Namen und es kann ihnen daher der Haupteid nach § 280 wg. GO auch über fremde Handlungen aufgetragen werden. Die Einwendung des belangten F. B., dass er von den zu beschwörenden Thatsachen keide Kenntniss habe, vermag die Zulässigkeit des deferirten Haupteides nicht auszuschliessen,

weil, auch abgesehen davon, dass der genannte Belangte, wie dies aus der bezogenen letztwilligen Anordnung seines Bruders O. B. hervorgeht, dessen Gut F. durch eine Reihe von Jahren verwaltet hat, und mit ihm im steten Verkehre gestanden ist, dass ferner die strittigen Pfandbriefe eben als Caution zur Sicherstellung der Steuern von dem Betriebe eines Zweiges der geführten Verwaltung (Branntweinbrennerei) beim Steueramte K. S. erlegt waren, und es auch darum nicht auszuschliessen ist, dass der genannte Belangte von der genannten Provenienz der Pfandbriefe Kenntniss gehabt habe, die übrigen Belangten, die erwähnte vom Erstgeklagten für seine Person allein erhobene Einwendung der Unzulässigkeit des Haupteides nicht geltend gemacht haben, weil ferner der § 280 wg. GO keinen Unterschied macht, ob der eidesfähige Delat anch in der Lage war, sich von den durch den Eid zu erweisenden fremden Handlungen die Ueberzeugung zu verschaffen, weil endlich die Klägerin durch das blosse Ableugnen der Kenntniss von der zu erweisenden Thatsache durch einen der mehreren Belangten um das einzige ihr zu Gebote stehende Beweismittel gegen die Vorschrift des § 280 wg. GO nicht gebracht werden kann. Von dieser Erwägung ausgehend, musste in den untergerichtlichen U. ein der Klägerin zugefügtes Unrecht erblickt und unter Abänderung dieser U. auf den Haupteid erkannt werden.

2675.

Jede eigenmächtige Handlung, welche die Unbeschränktheit des Eigenthums widerrechtlich gefährdet, ist Besitzstörung.

E. v. 23. März 1892, Z. 2569. — (Práv. IX ex 92, Seite 303.)

I. BG Prachatic.
II. GLG Prag.

Der Klage der Eheleute A wider die Eheleute B auf Besitzstörung, 1. wegen Ablagerung des Düngers auf den Gartenzaun der Kläger und 2. wegen Leitung der Jauche in den Garten derselben, willfahrte die I. J. betreff des Begehrens ad 1, wies dieselbe jedoch bezüglich jenes ad 2 zurück, unter gegenseitiger Aufhebung der Gerichtskosten, und zwar aus folgenden den Sachverhalt einschliessenden

Gründen:

Die Belangten anerkennen das Eigenthum der Kläger sowohl an dem in Rede stehenden Garten als an dem erwähnten Gartenzaun, widersprechen jedoch die Ablagerung des Düngers an diesem Zaune in der südöstlichen Ecke ihres eigenen Gartens, wodurch dieser Zaun in den Garten der Kläger derart schräg niedergebogen wurde, dass er umzustürzen drohte; sie bestreiten auch den Klägern jedes Klagerecht, weil sie sich keine Dienstbarkeit angemasst haben und betreffend die Ableitung der

Düngerjauche die Competenz der Gerichte zur E. abgeht. Letztere Einwendung ist grundlos, weil die Jauche mit dem im Abs. 1 des § 75 des Landeswassergesetzes für Böhmen vom 28. August 1870, LGB Nr. 71, vorkommenden Ausdrucke „Gewässer" nicht identificirt werden kann. Durch den bald nach Einreichung der Klage vorgenommenen Augenschein wurden die Angaben der Klage mit Ausnahme der behaupteten Ableitung der Jauche in den Garten der Kläger als wahr constatirt, während im letzteren Punkte erhoben wurde, dass der Garten der Kläger niedriger gelegen ist, als jener der Belangten, dass also die etwa in Folge Regenwetters oder aus sonstigen Ursachen angesammelte Jauche durch die Oeffnungen des Gartenzaunes naturgemäss dorthin abfliessen musste. Der § 523 ABG setzt zwar voraus, dass Jemand irgend eine Dienstbarkeit an der Sache des Eigenthümers sich anmasse, diese Anmassung liegt jedoch schon in der Handlung selbst, wenn sich Jemand eine solche Benützung der Sache erlaubt, welche die Unbeschränkheit des Eigenthums widerrechtlich gefährdet, und es muss der Klage keineswegs eine förmliche Anmassung dieser Person, noch eine diese Anmassung untersagende Erklärung des Eigenthümers vorausgehen. Die Belangten legen zwar den Nachdruck auf den Umstand, dass sie keine Dienstbarkeit sich angemasst haben, aber sie haben keine Thatsachen angegeben, welche sie betreffs der Ablagerung des Düngers entschuldigen und darauf hinweisen würden, dass sich dieselben in irgend einem Irrthume befanden oder das Eigenthum der Kläger nicht zu stören beabsichtigten. Die Thatsache des widerrechtlichen Eingriffes in ein fremdes Eigenthum spricht gegen sie und die Beseitigung des Düngers nach eingebrachter Klage schliesst lediglich das Geständniss des begangenen Unrechtes ein. Ueberdies wurde auch durch die Aussagen der Zeugen C und D dargethan, dass der Erstkläger sich gegenüber diesen im Auftrage der Belangten thätigen Arbeitern ohne Erfolg gegen die Ablagerung des Düngers auf die Latten des Gartenzaunes verwahrte. Demgemäss war der Störungsklage betreffs des Begehrens ad 1 stattzugeben, dagegen war dieselbe betreffs des Begehrens ad 2 zurückzuweisen, weil die Belangten sich bezüglich der Ableitung der Jauche auf den Garten der Kläger kein Recht angemasst, zum Mindesten jedoch die Kläger keine Thatsachen dargelegt haben, welche ihre Behauptung einer solchen Anmassung bestätigen würden, der Abfluss der Jauche auf den Garten der Kläger vielmehr augenscheinlich nur die natürliche Folge der Ablagerung des Düngers am Zaune war und, wie aus dem Augenscheine hervorgeht, in Folge der Beseitigung des Düngers von selbst aufhören wird.

Ueber Recurs der Kläger gegen die E. I. J. ad 2 bestätigte die II. J. dieselbe in Betreff des in Beschwerde gezogenen Absatzes unter Unberührtbelassung betreff jenes ad 1; denn die Berufung gegen die E. I. J. in Betreff des Begehrens ad 2 ist ungegründet, weil die Kläger in der That keine derartigen Umstände oder Thathandlungen der Belangten

angeführt haben, aus denen die Anmassung des Rechtes an Seite der Belangten erschliessbar wäre, die Jauche auf und über den Garten der Kläger zu leiten. Die Kläger geben vielmehr selbst an, dass die Flüssigkeit von dem abgelagerten Dünger naturgemäss auf ihren Garten abfliesse, es ist auch durch den gerichtlichen Augenschein und die Aussagen der Zeugen sichergestellt, dass eine förmliche Ableitung der Jauche auf diesen Garten nicht constatirt wurde, dass die abgelagerte Düngerpartie und der Boden unter ihr ganz trocken war, und der Garten der Kläger niedriger liegt als jener der Belangten, daher auch ein Abfluss im Falle etwa eingetretenen Regens durch die Oeffnungen im Gartenzaune auf den Garten der Kläger von selbst stattfinden musste, mithin von einer diesfälligen Rechtsanmassung keine Rede sein kann.

Der OGH verwarf den Revisionsrecurs der Belangten.

2676.

Für die Beurtheilung der Rechtsgiltigkeit der Annahme eines Versicherungsvertrages und der Benachrichtigung von der Annahme ist der Wohnsitz der Generalrepräsentanz, nicht der Versicherungsgesellschaft im Auslande massgebend.

E. v. 23. März 1892, Z. 2782. — (JB 20 ex 92, Seite 239.)

I. BG Leitmeritz.
II. OLG Prag.

Die Generalrepräsentanz für Oesterreich in Wien der Gesellschaft X begehrte wider Leopold K. das Erkenntniss: Derselbe sei schuldig, aus Anlass des der in Z bestehenden Gesellschaft X für Lebensversicherung gestellten und von derselben durch Ausstellung und Ausfolgung der Police Nr. 383714 ddto. Z den 5. April angenommenen Versicherungsantrages ddto. Leitmeritz den 2. März 1888, und im Grunde dieses letzteren die von dieser Lebensversicherungs-Police Nr. 383714 für das erste mit 12. März 1888 beginnende Versicherungsjahr für die Zeit vom 12. März 1888 bis 12. September 1888 entfallende halbjährige Prämie per 214·80 fl. respective nach Abrechnung der Angabe per 10 fl. den Rest per 204·80 fl. sammt Policen- und Stempelgebühr per 6·88 fl. an die Generalrepräsentanz der klägerischen Gesellschaft in Wien zu bezahlen.

Die I. J. hat dem Klagebegehren mit der Modification „gegen Ausfolgung der Police Nr. 383714 (Klagsbeilage C) oder einer identischen Police“ dann stattgegeben, wenn der Geklagte den Haupteid nicht ablegt: „Es sei seines Wissens und Erinnerns unwahr, dass Gottlieb S., Agent der Versicherungsgesellschaft X, ihm (Geklagten) erklärt habe, dass der Betrag der Reserve in der Police ausdrückt, jedoch der Gewinn nur circa 8808·70 fl. betragen werde oder könne, weshalb die Ziffer in die Police nicht aufgenommen werden könne, und dass er (Geklagter) hierauf die Versicherung auf dieser Grundlage eingehen zu wollen erklärte.“

Gründe:

Die Klägerin stützt ihren Anspruch auf den Antrag ddto. Leitmeritz 2. März 1888 (Klagsbeilage B), den der Geklagte zugestandenermassen eigenhändig gefertigt und worin derselbe erklärt hat, sein Leben bei der klägerischen Gesellschaft auf die Summe von 10.000 fl. nach dem Systeme der Halbtontine versichern zu lassen, und hat der Geklagte nicht bestritten, dass er für den Versicherungsfall sich verpflichtete, die Prämie von 429·60 fl. jährlich in halbjährigen Raten per 214·80 fl., beginnend am 12. März und am 12. September eines jeden Jahres, durch 20 Jahre hindurch für den Fall seines Lebens durch diese Zeit zu bezahlen und mit der ersten Prämienzahlung auch die Gebühr für die Police und Stempel per 6·88 fl. zu entrichten. Dass nun dieses Schriftstück (Beilage B) kein Vertrag, sondern, wie die Klage richtig bezeichnet, ein blosser Antrag ist, der erst gemäss § 861 ABG der Annahme bedarf, damit ein Vertrag zu Stande kommt, bedarf keiner näheren Erörterung. Die Annahme des Antrages erfolgte aber durch die Police (Beilage C), welche in Verbindung mit dem ersteren den Versicherungsvertrag bildet, und es handelt sich bei dem Umstande, als der Antrag über die von der klägerischen Gesellschaft für den Fall, als der Geklagte den Zeitraum von 20 Jahren erleben sollte, übernommenen Verpflichtungen nichts enthält, nunmehr darum, ob die Police C den bei der Ausfertigung des Antrages zwischen dem Agenten der Gesellschaft X Gottlieb S. und dem Geklagten mündlich getroffenen Vereinbarungen gemäss ausgestellt ist. Die Klägerin behauptet nun in dieser Richtung, dass Gottlieb S. dem Geklagten bekannt gegeben habe, dass der Betrag der Reserve, dessen Höhe Ersterer auf 4371·30 fl. bezifferte, in der Police ausgedrückt, jedoch der Gewinn nur circa 8808 fl. betragen werde oder könne, weshalb die Ziffer in die Police nicht aufgenommen werden könne, dass der Geklagte hierauf erklärte, die Versicherung auf dieser Grundlage eingehen zu wollen, sodann die Fragen des Antrages beantwortet und diesen gefertigt habe. Dem entgegen wird von dem Geklagten vorgebracht, dass Gottlieb S. bestimmt erklärt habe, dass der Geklagte im Lebensfalle nach 20 Jahren 10.000 fl. und einen Gewinn von über 3000 fl. ausgezahlt erhalten werde. Die Beweislast über die fragliche Vereinbarung trifft nach § 104 AGO und § 1052 ABG die Klägerin, die auf Grund der angeblich dem Uebereinkommen gemäss ausgestellten Police die Zahlung der Prämie begehrte. Für den Fall nun, als die klägerischerseits angeführten Umstände für wahr zu halten wären, ist der Geklagte allerdings nicht berechtigt, wegen Nichtaufnahme der nach Angabe desselben für den Lebensfall bedungenen vollen Versicherungssumme per 10.000 fl. in die Police von dem Vertrage abzugehen und die Zahlung der Prämie zu verweigern, welche Berechtigung vielmehr nur im gegentheiligen Falle nach § 869 ABG begründet erscheint. Es musste sonach auf den über die von der Klägerin behauptete Vereinbarung dem

Geklagten aufgetragenen und von diesem angenommenen Hauptеid erkannt und von diesem die E. abhängig gemacht werden. Die von dem Geklagten angerufenen §§ 919 und 862 ABG stehen der Geltendmachung des klägerischen Anspruches nicht entgegen, nachdem dieser nicht auf die Aufhebung des Vertrages gerichtet ist, andererseits aber die Uebersendung der Police innerhalb des zur zweimaligen Beantwortung eines Briefes von Leitmeritz nach Wien eventuell nach Z erforderlichen Zeitraumes an den Geklagten weder ausdrücklich vereinbart wurde, noch auch, als von dem Geklagten beabsichtigt, anzunehmen ist, zumal wenn berücksichtigt wird, dass der Geklagte an dem Willen der Gesellschaft, die Versicherung einzugehen, wohl nicht zweifeln konnte. Auf den Widerspruch des Geklagten, die Police C erhalten zu haben, kann aus dem Grunde kein Bedacht genommen werden, weil derselbe zugibt, dass ihm mit dem Briefe lit. F ddto. 3. Mai 1888 eine Police übersendet wurde, weil ferner dieser Brief von der Uebersendung der auf die garantirte Reserve per 4371·30 fl. lautenden Originalpolice handelt, der Geklagte aber nicht einmal behauptet hat, dass ihm mit jenem Schreiben eine Police anderen Inhaltes als der jenes Schreibens zugekommen ist, und dass er die übersandte Police auch schon deshalb retournirt habe. Im Uebrigen erscheint im U. ausgesprochen, dass, den Rechtsbestand dieser Police C vorausgesetzt, der Geklagte die Prämie nur gegen Ausfolgung eben dieser oder einer identischen Police zu zahlen schuldig ist. Was endlich den von dem Geklagten nur nebenher erwähnten Umstand betrifft, dass in der Police C die auf die Reserve Bezug habende Clausel derart eingefügt ist, dass, wenn auf Grund derselben die Garantie geltend gemacht wurde, die Urkunde kaum einen Beweis hierüber erbrächte, so ist allerdings nicht zu verkennen, dass dieser nicht in den Context der Urkunde aufgenommen und von der Vertretung der Gesellschaft X nicht gefertigten Clausel eine urkundmässige Beweiskraft nicht zukommt. Nachdem jedoch der Geklagte, was den Inhalt der Police betrifft, seine Vertheidigung nicht auf diesen Mangel der Police, sondern einzig und allein auf den Umstand stützt, dass die ihm angeblich für den Ueberlebungsfall bestimmt zugesicherte Versicherungssumme per 10.000 fl. in die Police nicht aufgenommen ist, so kann dieses Gebrechen der Letzteren auch nicht einmal eine blos derzeitige Abweisung der Klage begründen.

Ueber Appellation beider Theile und die Nullitätsbeschwerde des Geklagten hat die II. J. die E. I. J. abgeändert und das Klagebegehren unbedingt abgewiesen, und zwar aus folgenden

Gründen:

Gegen das erstrichterliche U. haben beide Theile die Appellation ergriffen und der Geklagte hat mit seiner Appellation noch die Nullitätsbeschwerde verbunden. Die klägerische Generalrepräsentanz begehrt, dass der Klage unbedingt stattgegeben werde, weil der Geklagte zugesteht,

den Antrag lit. B eigenhändig unterschrieben zu haben, durch welche Unterschrift der Versicherungsvertrag zustande kam, welcher für den Versicherungswerber in allen Punkten sofort bindend und derselbe daher verpflichtet sei, die Prämie des ersten Jahres sammt Policen und Stempelgebühr zu bezahlen, wenn die Gesellschaft diesen Antrag angenommen und die in Gemässheit dieses Antrages ausgestellte Police ihm übergeben habe, was auch geschehen sei, eventuell, dass der Haupteid über die ganze zwischen dem Geklagten und dem klägerischen Agenten gepflogene Verhandlung, wie sie in der Replik angeführt sei und welche lediglich in ihrer Gesammtheit für die Beurtheilung der Rechtssache entscheidend sein könne, zugelassen werde. Der Geklagte dagegen verlangt die unbedingte Abweisung der Klage, weil sein Antrag nicht innerhalb der im § 862 ABG bestimmten Frist von der Klägerin angenommen wurde, somit ein Vertrag nicht zustande kam und weil auch aus dem vom ersten Richter angenommenen Umstande, dass der Police C die Beweiskraft einer Urkunde nicht zukomme, nicht die entsprechenden Consequenzen gezogen wurden und macht für den Fall, als die Klage nicht unbedingt abgewiesen werde, die Nullitätsbeschwerde geltend, weil der erste Richter das Klagebegehren dahin geändert habe, dass die eventuelle Zahlung von Seite des Geklagten nur gegen Ausfolgung der Police C oder einer identischen Police zu leisten sei. Vorerst muss nun hervorgehoben werden, dass die Generalrepräsentanz in Wien als Klägerin nicht auf Einhaltung des behaupteten Versicherungsvertrages, sondern auf Grund der Antragsclausel nach Frage 24, dass der Antragende durch Unterzeichnung des Antrages die Verpflichtung übernahm, die ganze Prämie des ersten Jahres nebst Policen- und Stempelgebühr unweigerlich zu bezahlen, klagt. Dieser klägerische Anspruch setzt aber unzweifelhaft voraus, dass der Versicherungsvertrag wirklich abgeschlossen wurde. Es ist daher vor Allem die Frage zu erörtern, ob festgestellt sei, dass der Versicherungsvertrag überhaupt zustande gekommen sei, bevor in die weiteren entsprechenden Consequenzen eingegangen werden könnte. Diesfalls kann der Ansicht der Klägerin nicht beigepflichtet werden, dass bereits durch die Unterfertigung des Antrages B seitens des Versicherungswerbers der Vertrag zustande kam, da der Wille zu versichern, von Seite der Gesellschaft schon früher vorhanden war, und letztere durch die Antworten des Versicherten blos das Material zur Prüfung der Frage erhalte, ob sie nach den Antworten statutengemäss die Versicherung eingehen könne, und hat auch der erste Richter dieses nicht angenommen, weil die Beilage B sich lediglich als ein Antrag darstellt, wie ihn auch die Klage selbst benennt, und weil in der Klage selbst angeführt ist, dass die Gesellschaft diesen Antrag annahm und zum Zeichen der Annahme die Police C ausstellte und übergab, und ferner in der Replik die Anführung enthalten ist, dass der Antragstellende für den Fall verpflichtet sei, wenn die Gesellschaft den Antrag annimmt und die Police

übergibt, woraus sich ohne Zweifel ergibt, dass der Vertrag erst dann zustande kommt, wenn der Antrag von Seite der Gesellschaft angenommen ist. Der Geklagte behauptet nun diesfall unter Hinweis auf den § 862 ABG, dass sein Antrag, wenn er selbst im Sinne der von der Klagsseite behaupteten Bedingungen gestellt worden wäre, nicht innerhalb der in diesem Paragraph bestimmten gesetzlichen Frist angenommen wurde, somit bei Abgang des Zusammentreffens von Versprechen und Annahme ein Vertrag nicht zustande kam. Diese Einwendung muss als begründet erachtet werden. Da die Versicherungsgesellschaft X eine ausländische Gesellschaft ist, so kommen die Bestimmungen der kais. Verord. vom 29. November 1865, RGB Nr. 127, und des Gesetzes vom 29. März 1873, RGB Z. 42, zur Anwendung, und hat sich die Klägerin selbst auf die ersterwähnte kais. Verord. allerdings unter einer nicht richtigen Interpretation der Art. IV und VI derselben berufen. Der Art. IV dieser kais. Verord. bestimmt aber, dass eine jede solche Gesellschaft für ihren ganzen Geschäftsbetrieb innerhalb des österreichischen Kaiserstaates eine Generalrepräsentanz zu bestellen hat, deren Mitglieder an dem Orte der hierländischen Hauptniederlassung ihren bleibenden Wohnsitz haben, dass sie dieser der Staatsverwaltung in Oesterreich zur Genehmigung anzuzeigenden und durch öffentliche Blätter kundzumachenden Repräsentanz eine unbeschränkte Vollmacht ertheilen muss, die Gesellschaft gegenüber dritten Personen gerichtlich und aussergerichtlich in allen Angelegenheiten zu vertreten, welche in dem Betriebe der Geschäfte in Oesterreich ihren Grund haben. Art. VI bestimmt weiter, dass die Mitglieder der Repräsentanz gegenüber sämmtlichen hierländigen Gläubigern der Gesellschaft für jeden Schaden persönlich haften, welcher aus der Unrichtigkeit der eingereichten Specialbilanz entstanden ist und durch Anwendung der pflichtmässigen Sorgfalt hätte vermieden werden können. Hieraus folgt aber, dass in Oesterreich nur diese Repräsentanz als rechtsfähiges Subject anzusehen und nur diese, nicht aber die ausländische Gesellschaft selbst, als Contrahent gegenüber dem Versicherungswerber zu betrachten sei, wodurch das zwischen der Gesellschaft und der Repräsentanz bestehende Rechts- und Vollmachtsverhältniss der Versicherungswerber nicht berührt wird. In der That ist nun auch die hierländige Repräsentanz und nicht die Gesellschaft selbst handelsgerichtlich protocollirt und hat die Repräsentanz durch ihren Agenten wegen der Versicherung mit dem Geklagten unterhandelt und den Versicherungsantrag des Geklagten entgegengenommen. Es hat also das hierlands rechtsfähige Subject, die Generalrepräsentanz, diesen Antrag zu prüfen und denselben innerhalb der im § 862 ABG bestimmten Frist anzunehmen oder abzulehnen. Nun ist nicht bestritten, dass der Antrag B des Versicherungswerbers am 2. März 1888 gestellt wurde, dass die Police C, welche die Annahme des Antrages beinhaltet, von der rechtsfähigen Generalrepräsentanz am 23. April 1888 datirt und mit Brief des Agenten vom 3. Mai

1888 eingesendet wurde und selbst die Interimspolice, wenn man schon annehmen wollte, dass dieselbe die Annahme des Versicherungsvertrages enthalte, was jedoch nach den eigenen Angaben der Klägerin, dass die Gesellschaft selbst über die Annahme oder Ablehnung des Antrages definitiv zu entscheiden habe, nicht der Fall ist, ist am 12. März 1888 datirt und dem Geklagten erst am 18. März 1888 zugekommen, somit der Antrag B nicht innerhalb jenes Zeitraumes, welcher zur zweimaligen Beantwortung eines Briefes von Leitmeritz nach Wien erforderlich ist, von der Generalrepräsentanz angenommen und somit das Versprechen erloschen; dass aber zur Annahme des Versprechens dieser längere Zeitraum erforderlich war, hat die Klägerin selbst nicht behauptet. Der Ansicht des ersten Richters, dass die §§ 919 und 862 ABG der Geltendmachung des klägerischen Anspruches nicht entgegenstehen, nachdem dieser nicht auf die Aufhebung des Vertrages gerichtet ist, andererseits die Uebersendung der Police innerhalb der im § 862 ABG festgesetzten Frist weder ausdrücklich vereinbart, noch auch von dem Geklagten beabsichtigt war, kann nicht beigepflichtet werden; denn wo das Gesetz für das Zustandekommen eines Rechtsgeschäftes eine Frist festgesetzt, ist nicht nothwendig, dass diese gesetzliche Frist erst vereinbart werde; eine solche Vereinbarung hätte nur dann zu geschehen, wenn eine andere als die gesetzliche Frist von den Parteien beabsichtigt wurde und bestimmt § 862 ABG ausdrücklich, dass, wenn eine Frist nicht vereinbart ist, die gesetzliche gilt. Wenn daher die Klägerin mit der im § 862 ABG festgesetzten Frist bei Prüfung des Antrages das Auskommen nicht zu finden glaubte, dann hätte sie sich eine längere Frist ausbedingen sollen. Aus der Behauptung der Repräsentanz, dass sie den Antrag an die Gesellschaft zur Prüfung einsenden müsse, welche, wenn sie den Antrag zur Annahme geeignet findet, die definitive Police ausstellt, könnte höchstens gefolgert werden, dass die Repräsentanz die gesetzlich vorgeschriebene unbeschränkte Vollmacht nicht hat und daher die Vorschrift der oben genannten kais. Verord. nicht beobachtet hat. In diesem Falle aber könnte kein Rechtsgeschäft dieser Gesellschaft im Inlande hier eine rechtliche Wirkung hervorbringen. Uebrigens ist in dem Briefe D vom 23. März 1888 des Geklagten zu einer Zeit, wo der Antrag selbst nach der Behauptung der Klägerin noch nicht angenommen war, auf die Versicherung verzichtet und ein weiterer Antrag gestellt, der nicht angenommen wurde, und wenn auch in diesem Briefe nicht enthalten ist, dass die Police wegen verspäteter Bekanntgebung der Annahme des Antrages nicht angenommen wird, so ist, abgesehen davon, dass die definitive Police erst weit später ausgestellt wurde, das Versprechen nach § 862 ABG wegen nicht rechtzeitiger Annahme schon durch das Gesetz erloschen, ohne dass es einer Erklärung des Rücktrittes von Seite des Antragstellers mit Angabe dieses Motives bedarf. Da nun feststeht, dass der Antrag des Geklagten von der Klägerin nicht rechtzeitig

angenommen wurde, so ist ein Versicherungsvertrag überhaupt nicht zustande gekommen, und es entfällt die weitere Erörterung, ob die Verabredungen zwischen dem klägerischen Agenten und dem Geklagten im Sinne der Klage, oder unter den vom Geklagten angegebenen Bedingungen erfolgten, wenn aber ein Vertrag nicht geschlossen wurde, so ist auch der Klagsanspruch, der nur auf einen zustande gekommenen Vertrag fundirt werden kann, ungegründet, weshalb in Abänderung des U. I. J. das Klagebegehren unbedingt abgewiesen werden musste. Durch die Abänderung des erstrichterlichen U. und deren vorstehende Begründung sind auch die Anführungen der Appellationsbeschwerde der Klägerin widerlegt und erscheint es nicht weiter nothwendig, in eine Erörterung der von dem Geklagten eventuell geltend gemachten Nullitätsbeschwerde einzugehen.

Ueber die Revisionsbeschwerde der Klägerin hat der OGH die E. II. J. zu bestätigen befunden.

Gründe:

Die Ausführungen der Revisionsbeschwerde der Klägerin sind nicht geeignet, das der Actenlage und dem Gesetze entsprechende oberlandesgerichtliche Reformaturtheil zu entkräften. Die Bestimmungen der kais. Verord. vom 29. November 1865, RGB Nr. 127, und des Ges. vom 29. März 1873, RGB Nr. 42, enthalten nicht blos Verfügungen handelspolitischer Natur, sondern regeln auch das Rechtsverhältniss einer in Oesterreich zugelassenen ausländischen Actien-(Versicherungs-) Gesellschaft zu dritten Personen aus dem Geschäftsbetriebe in Oesterreich in der Weise, dass in Angelegenheiten, welche ihren Grund in dem Betriebe des Geschäftes in Oesterreich haben, nur das Verhältniss zwischen der mit unbeschränkter Vollmacht bekleideten Repräsentanz der Gesellschaft in Oesterreich und der dritten Person in Betracht kommen kann (Art. IV der cit. kais. Verord.). Daraus folgt, dass für die Beurtheilung der Rechtzeitigkeit der Annahme des Versicherungsantrages des Geklagten und der Benachrichtigung desselben von dieser Annahme der Wohnsitz der klagenden Generalrepräsentanz der Versicherungsgesellschaft X, nicht aber jener der letzteren selbst massgebend erscheint. Dass nun im vorliegenden Falle die definitive Annahme des Versicherungsantrages des Geklagten, auf welche es allein ankommt, nicht rechtzeitig erfolgte und dem Geklagten bekannt gegeben wurde, und deshalb das in diesem Antrage enthaltene Versprechen überhaupt, sohin auch bezüglich der Verbindlichkeit zur Zahlung der Prämie des ersten Jahres sammt der Policen- und Stempelgebühr erloschen ist, daher ein Versicherungsvertrag nicht zustande kam, hat das OLG in seinen Urtheilsgründen richtig ausgeführt. Zu demselben Schlusse gelangt man, wenn die Bestimmungen des Art. 319 HGB in Betracht gezogen werden. Aus dem nicht zustande gekommenen Vertrage kann der Geklagte mit Erfolg nicht belangt werden, mag der Versicherungsantrag desselben welchen Inhalt

immer gehabt haben. Hieran vermag das Schreiben des Geklagten vom 23. März 1888 (D) nichts zu ändern, weil der Geklagte mit diesem Schreiben die ihm verspätet zugekommene Interimspolice beanständet und einen Antrag gestellt hat, welcher seitens der Klägerin nicht angenommen wurde. Daraus, dass in diesem Schreiben die Verspätung der Annahme des Versicherungsantrages nicht ausdrücklich gerügt wurde, kann eine stillschweigende Verzichtleistung auf die aus der verspäteten Annahme sich ergebenden rechtlichen Folgen umsoweniger mit Grund abgeleitet werden, als der Geklagte auch die ihm später zugekommene definitive Police beanständet hat. Hiernach war das oberlandesgerichtliche Reformaturtheil zu bestätigen.

2677.

Die Schenkung einer verschriebenen Forderung kann nicht durch Uebergabe eines Schuldscheines, sondern blos durch Notariatsact rechtsgiltig erfolgen.

E. v. 23. März 1892, Z. 2786. — (NZ 13 ex 92, Seite 82.)

Die Klage des Ferdinand F. wider Leopold P. als Cessionar der Barbara F. auf Zahlung einer der Theresia Sch. ursprünglich verschriebenen und von ihr der Barbara F. geschenkten Darlehensforderung per 700 fl. ö. W. haben beide Unterinstanzen abgewiesen aus folgenden, den Sachverhalt einschliessenden

Gründen:

In der Appellationsbeschwerde weist Kläger darauf hin, dass auch Wechselrechte nicht nur durch Giro, sondern auch durch Cession, Uebergabe oder auf was immer für einem zur Erwerbung des Eigenthums geeigneten Wege übertragbar sind. Die Richtigkeit dieses Grundsatzes kann nicht bestritten werden, aber wenngleich dafür gehalten werden wollte, der Belangte habe gestanden, dass die Theresia Sch. seine Gläubigerin war, so ist doch nicht dargethan, dass die Rechtsvorgängerin des Klägers Barbara F. die in Rede stehende Forderung von der ursprünglichen Gläubigerin zum Geschenke erhielt. Ueber diese Forderung per 700 fl. hat der Belangte ursprünglich zu Gunsten der Aloisia F. einen Wechsel ausgestellt und wurde derselbe laut Eingeständnisses des Klägers durch Giro an die Theresia Sch. nicht übertragen. Laut der Klage hat jedoch Theresia Sch. nicht lange vor ihrem Ableben den oberwähnten Wechsel der Barbara F. mit dem Beifügen übergeben, dass sie ihr den Wechsel und die darauf gegründete Forderung schenke und die Beschenkte sich das Geld von Leopold P. erheben möge. Der Belangte hat dies widersprochen und der Kläger ihm sohin darüber den der Barbara F. rückschiebbaren Haupteid aufgetragen. Es handelt sich mithin um eine Forderung d. i. um Erwerbung des Eigenthumsrechtes durch Uebergabe einer beweglichen Sache. Handelt

es sich aber um bewegliche Sachen, welche ihrer Beschaffenheit nach keine körperliche Uebergabe zulassen, z. B. um irgend eine Schuldforderung, so gestattet das Gesetz (§ 427 ABG) die Uebergabe durch Zeichen, indem der Eigenthümer dem Uebernehmer die Urkunden übergibt, wodurch das Eigenthumsrecht auf eine solche Weise dargethan wird, dass für Jedermann erkennbar ist, sie sei auf einen Anderen übergetragen worden. Auf dass jedoch das Eigenthumsrecht betreff einer wenngleich verschriebenen Forderung übertragen werde, genügt nicht die blosse Uebergabe des Schuldscheines, und selbst wenn Theresia Sch. jenen Wechsel der Barbara F. behändigt hätte, so würde diese die Forderung per 700 fl. nicht erworben haben, weil der Wechsel nicht nach Wechselrecht abgetreten wurde und was die Cession nach dem bürgerlichen Privatrechte betrifft, die Uebergabe der Forderung nicht nach den Bestimmungen des § 427 ABG stattfand. Nimmt man jedoch auf den Umstand Rücksicht, dass der Wechsel und eigentlich die Schuldforderung per 700 fl. nach den Klagebehauptungen auf die Barbara F. ohne Entgelt übertragen wurde und dass auch die Schenkung einer verschriebenen Forderung im Sinne des Ges. vom 25. Juli 1871, RGB Nr. 76, rechtsgiltig nur mittelst Notariatsactes übertragen werden kann, eine derartige Uebertragung jedoch im vorliegenden Falle nicht stattfand, so war das U. I. J. lediglich zu bestätigen.

Der a. o. Revision des Klägers hat der OGH wegen Abgangs der Erfordernisse des Hofd. vom 15. Februar 1833, Z. 2593 JGS, keine Folge gegeben.

2678.

Wurde die exequirte Forderung im Executionszuge abgetreten, aber seitens des Executen behufs Deckung der Steuerreste des Exequenten beim Steueramte erlegt, so ist das Executionsrecht nicht erloschen.

E. v. 23. März 1892, Z. 3230. — (Sp. IV ex 92, Seite 245.)

Die II. J. hatte den abweisenden B. der I. J. abgeändert und die gebetene Executionssistirung bewilligt, weil in der Oppositionsklage des B durch die Steueramtsquittung und den B. der Bezirkshauptmannschaft im Original nachgewiesen ist, dass B den ganzen Betrag der Schuld am 25. Februar 1891, d. i. noch vor der von A zu Gunsten des C am 4. März 1891 ausgestellten Cession zur Deckung der Steuerrückstände des A an das Steueramt eingezahlt und die Bezirkshauptmannschaft mit B. vom 28. Februar 1891, Z. 4051, diese Zahlung angenommen hat, was nach § 1042 ABG dem abschlägigen B. I. J. jede Grundlage entzieht und das Begehren des Executen um Sistirung der Execution nach Hofd. vom 22. Juni 1836, RGB Nr. 145, rechtfertigt.

Der OGH stellte jedoch den B. der I. J. aus dessen gesetzlichen Gründen wieder her, weil A die Forderung mit Cession vom 4. März 1891

an C abgetreten hat und weil B weder die Pflicht noch das Recht hatte, den Betrag der Forderung bei der Bezirkshauptmannschaft zu erlegen (§ 1424 und 1425 ABG), daher die Beilagen nicht nachweisen, dass das Executionsrecht erloschen ist.

2679.

Die Erfolglassung des gerichtlich erlegten Expropriationspreises kann erst nach ausgewiesener Befriedigung der Pfandinteressenten bewilligt werden.

E. v. 23. März 1892, Z. 3426. — (NZ 33 ex 92, Seite 217.)

Mit B. der I. J. wurde zufolge Einschreitens der Generaldirection der österreichischen Staatsbahnen in Wien das Depositenamt W. beauftragt, den von der genannten Direction eingelangten Baarbetrag per 160 fl. in die Rubrik „Johann und Katharina N.'sche Grundentschädigung" in Verwahrung zu nehmen und hierbei anzumerken, dass dieser Kaufschilling nur mit Zustimmung der Tabulargläubiger der Grundbuchseinlage Z. 32 der Katastralgemeinde W. an Johann und Katharina N. ausgefolgt werden darf.

Nach fruchtlosem Verlaufe der Edictalfrist baten Johann und Katharina N. mit Berufung auf das Ges. vom 18. Februar 1878, RGB Nr. 30, um die Erfolglassung des genannten Betrages zu ihren Handen. Dieses Begehren wurde von der I. J. unter Berufung auf die obgedachte Anmerkung mangels Zustimmung der Tabulargläubiger abgewiesen. Der gegen diesen B. eingebrachte Recurs führte aus: „Diese (im angefochtenen B. ersichtliche) Ansicht entspricht weder dem Wortlaute, noch dem Sinne des Ges. vom 18. Februar 1878, RGB Nr. 30. Jeder Kaufpreis, auch der im Zwangswege ermittelte, gehört dem Verkäufer (§ 1062 ABG) und nur unter den im Gesetze vorgesehenen, besonderen Ausnahmsvoraussetzungen ist der Kaufpreis nicht ohneweiters dem Verkäufer zu bezahlen, rücksichtlich zu erfolgen, sondern vorerst die Befriedigung der Pfandinteressenten durchzuführen. Dies wäre auch vorliegend der Fall gewesen, wenn wir die Erfolglassung zu einer Zeit angesucht hätten, zu welcher die Expropriationswerber noch nicht die Gewissheit der lastenfreien Abschreibung, rücksichtlich noch nicht die Gewissheit der Zustimmung der Tabulargläubiger zur lastenfreien Abschreibung besessen haben. Ist aber kein solches von Amtswegen zu wahrendes Interesse im Spiele, wie hier — wo die Tabulargläubiger durch fruchtloses Verstreichenlassen der Edictalfrist ihre stillschweigende Zustimmung erklärt haben, dass ohne Rücksicht auf ihre Rechte die lastenfreie Abschreibung erfolgen könne, — dann ist die anstandslose Erfolglassung des Kaufschillings an den Verkäufer ganz fraglos. Wäre während der Edictalfrist seitens der Tabulargläubiger eine Einwendung erhoben worden, oder wären wir vor Ablauf der Edictalfrist um die Erfolglassung eingeschritten, dann hätte gemäss § 34 des Ges. vom

18. Februar 1878, RGB Nr. 30, die Befriedigung der Ansprüche dritter Personen nach den Bestimmungen über die Vertheilung des bei einer zwangsweisen Versteigerung erzielten Kaufpreises erfolgen müssen. Da die genannten zwei im Gesetze begründeten Ausnahmsfälle vorliegend nicht in Betracht kommen, so ist unser unbedingtes Erfolglassungsbegehren gesetzlich begründet und erscheint die beim bezüglichen Depôt geschehene Anmerkung, dass dasselbe nur mit Zustimmung der Tabulargläubiger erfolgt werden dürfe, aus dem angegebenen, amtlich constatirten Grunde des fruchtlosen Verstreichens der Edictalfrist gegenstandslos. Die Tabulargläubiger haben an dem Expropriationsobjecte nur soweit Anspruch, als sie denselben nicht aufgegeben haben. Haben sie aber diesen Anspruch aufgegeben — wie hier stillschweigend durch Unterlassung der Einwendungen gegen die lastenfreie Abschreibung geschehen ist — dann fällt selbstverständlich auch der Anspruch auf das Aequivalent des Expropriationsobjectes, auf den Expropriationspreis, weg."

Diesem Recurse wurde von der II. J. keine Folge gegeben „aus den Gründen des ersten Richters und weil die Pfandrechtsansprüche der Tabulargläubiger auf die an Stelle der enteigneten Grundfläche getretene und zu Gericht erlegte Grundentschädigung übergegangen sind und eben durch die mit dem B. vom 8. Februar 1890, Z. 1690, angeordnete Anmerkung gewahrt erscheinen, und weil durch das erst nachträglich ohne Einspruch abgeführte Aufforderungsverfahren und die Abschreibung des Trennstückes wohl die grundbücherlichen Pfandrechte auf das Trennstück selbst gemäss § 3 und 15 des Ges. vom 6. Februar 1869, RGB Nr. 18, als im Zeitpunkte der erfolgten Abschreibung aufgegeben und erloschen anzusehen sind, keineswegs aber auch die depositenbücherlich angemerkten Ansprüche der Tabulargläubiger auf das gerichtlich erlegte Expropriations-Aequivalent (§§ 22 und 34 des Ges. vom 18. Februar 1878, RGB Nr. 30)."

Der gegen diese E. eingebrachte a. o. Revisionsrecurs führte aus: . . . „Wir behaupten die ausgewiesene Zustimmung der Tabulargläubiger allerdings, die stillschweigend dadurch erklärte, dass dieselben die Edictalfrist fruchtlos verstreichen liessen. Die Nichtbeachtung dieser actenmässigen, für die E. unseres Begehrens wichtigen Thatsache erscheint mit Rücksicht auf die Bestimmung des § 868 ABG — wornach man seinen Willen auch stillschweigend durch solche Handlungen erklären kann, welche mit Ueberlegung aller Umstände keinen vernünftigen Grund, daran zu zweifeln, übrig lassen — als eine offenbare Actenwidrigkeit. Für den Fall jedoch, als diese Ansicht seitens des OGH nicht getheilt werden sollte, so enthalten die unser Begehren unbedingt abweisenden E. der zwei ersten J. eine offenbare Gesetzwidrigkeit. Denn nach der klaren, keinem Zweifel Raum gebenden Bestimmung des § 34 des Ges. vom 18. Februar 1878, RGB Nr. 30, hat die Befriedigung der Ansprüche dritter Personen — deren

Zustimmung zur Ausfolgung nicht ausgewiesen erscheint — nach den Bestimmungen über die Vertheilung des bei einer zwangsweisen Versteigerung erzielten Meistbotes zu erfolgen. Dieses Meistbotsverfahren ist nach der unbestrittenen herrschenden Anschauung aller Gerichte und der Rechtsliteratur ein officioses, von Amtswegen einzuleitendes und durchzuführendes Verfahren. Wird nun die Zustimmung der Tabulargläubiger nicht als vorhanden angesehen, dann hat das Gericht von Amtswegen, und ohne unser Einschreiten abzuwarten, zur Vertheilung des Expropriationspreises eine Tagsatzung zur Einvernehmung aller Interessenten anzuordnen, und nach dieser Einvernahme mit der Liquidirung und Vertheilung des Expropriationspreises vorzugehen. Aber auch dieses ist nicht geschehen.

Der OGH verwarf den Revisionsrecurs, „weil die gesetzlichen Voraussetzungen für die Abänderung gleichförmiger U. fehlen, vielmehr zu erwägen ist, dass das Gericht von der gemäss dem Vorbehalte des Erlegers auf dem Depositum zu Gunsten der Tabulargläubiger depositenamtlich haftenden Anmerkung um so minder ganz absehen konnte, als zwar in Folge der Edictalverständigung ein Einspruch gegen die Durchführung der lastenfreien Abschreibung im Grundbuche nicht erhoben worden ist, der Erlassung der Edictalaufforderung aber der gerichtliche Erlag des auf den abzutrennenden Grundtheil entfallenden Kaufpreises mit einer die Rechte des Tabulargläubiger wahrenden Anmerkung vorausgegangen ist, dass endlich, wenn das Gericht nicht sofort von Amtswegen eine Verfügung wegen Zuweisung des erliegenden Betrages getroffen, sondern den Einschreitern die Gelegenheit offen gelassen hat, das allfällige Einverständniss der Tabulargläubiger mit der angestrebten Erfolglassung nachzuweisen, auch darin ein die Zulässigkeit des in Anspruch genommenen a. o. Rechtsmittels begründender Vorgang nicht gefunden werden kann.“

2680.

Das Aneignen eines Wechsels ohne Zahlung desselben begründet eine eigenmächtige Handlung des Wechselschuldners und eine Störung des vorhandenen Besitzstandes des Gläubigers.

E. v. 23. März 1892, Z. 3478. — (GZ 42 ex 92, Seite 335.)

I. BG Schüttenhofen.

II. OLG Prag.

B, welcher dem A für ein von demselben gekauftes Grundstück den Kaufschillingsrest von 100 fl. schuldete und den auf diesen Betrag lautenden Wechsel acceptirte, erschien einmal in der Wohnung des A und erklärte demselben, er wolle den Wechsel einlösen. Nachdem A, respective dessen Gattin diesen Wechsel dem B vorgelegt hatte, bezahlte dieser den Theilbetrag von 23 fl., nahm den Wechsel zu sich und verliess die Wohnung mit der Bemerkung, dass an der verkauften Area 555 Klafter

fehlen und dass er sich daher als Ersatz hiefür den Betrag von 77 fl. von der Wechselsumme abrechne.

Die vom A gegen B wegen Störung im Besitze des Wechsels überreichte Klage wurde von der I. J. abgewiesen, weil die Gattin des A den Wechsel dem B freiwillig überreicht hat, daher von einer eigenmächtigen Handlung des Letzteren keine Rede sein kann.

Den dagegen von A überreichten Recurs hat das OLG abgewiesen; denn aus dem (oben geschilderten) Sachverhalte ergibt sich, dass vorliegend nicht eine Störung im Besitze des Wechsels beabsichtigt wurde, sondern dass es sich um die E. der zwischen beiden Theilen streitigen Frage handelt, ob für den Kläger der Rechtsgrund, den fraglichen Wechsel noch weiter zu behalten, entfallen und die Verpflichtung eingetreten ist, den Wechsel an den Geklagten auszufolgen, welche Frage nicht im Besitzstörungsverfahren gelöst werden kann, sondern im o. Rechtswege auszutragen ist, weshalb der Recurs abzuweisen war.

Der OGH hat dem a. o. Revisionsrecurse des A Folge gegeben, beide unterrichterlichen E. abgeändert und gemäss dem Klagebegehren erkannt, wobei erwogen wurde, dass, wie der a. o. Recurs richtig ausführt, in diesem Besitzstörungsstreite nicht zu prüfen und zu entscheiden ist, auf Grund welchen Rechtsgeschäftes der Wechsel auf 100 fl. ausgestellt wurde, und ob etwa der Beklagte berechtigt sei, einen Theil der Wechselsumme zurückzubehalten, sondern dass einzig und allein, wie das Gesetz klar vorschreibt, der bisherige Besitzstand betreffs dieses Wechsels und die Störung dieses Besitzstandes zu erörtern ist; dass der Kläger, indem er dem zahlenden Wechselschuldner den Wechsel vorlegte, beziehungsweise ihn zur Einsicht in die Hand des Wechselschuldners gab, dadurch noch nicht den Besitz der Wechselurkunde aufgegeben hat; dass nach der Sachlage nicht zu bezweifeln ist, dass der Wechselgläubiger den Wechsel ohne Bezahlung dem Schuldner nicht rückstellen wollte; dass das Aneignen des Wechsels ohne Zahlung desselben eine eigenmächtige Handlung des Wechselschuldners, eine Störung des vorhandenen Besitzstandes war, und dass daher der Klage stattzugeben war.

2681.

Unzulässigkeit der Stipulirung einer Conventionalstrafe in einem vormundschaftsbehördlich nicht genehmigten Engagementsvertrage einer minderjährigen Schauspielerin.

E. v. 23. März 1892, Z. 3012. — (JB 21 ex 92, Seite 251.)
I. LG Wien.
II. OLG Wien.

Die Schauspielerin N hat in den ersten Monaten des Jahres 1888 mit dem Theaterdirector M einen Vertrag, mittelst dessen sie auf die

Dauer der Saison 1888/1889 als Schauspielerin und Sängerin für das Theater in X gegen ein Monatsgehalt von 100 fl. und ein garantirtes Spielhonorar monatlicher 30 fl. engagirt wurde, abgeschlossen und unterfertigt. Ueberdies wurde aber auch noch im § 11 dieses Vertrages eine Conventionalstrafe von 600 fl., zahlbar bei Verletzung irgend eines Punktes desselben, insbesondere auch bei nicht rechtzeitigem Antritte des Engagements, vereinbart. Da die N das Engagement nicht antrat, belangte sie M wegen dieser Vertragsverletzung auf Zahlung der Conventionalstrafe per 600 fl.

Die I. J. hat die Klage abgewiesen, und zwar aus folgenden

Gründen:

Die Geklagte verweigerte die vom Kläger geforderte Zahlung der Conventionalstrafe mit der Begründung, dass sie, als laut Taufschein am 9. December 1868 geboren, zur Zeit des Vertragsabschlusses, welcher in den ersten Monaten des Jahres 1888 erfolgte, noch minderjährig war, und erst mit B. des LG in Wien, ddto. 7. August 1888, Z. 62.879, anlässlich ihrer Verehelichung, grossjährig erklärt wurde, dass sie den Vertrag in Unkenntniss der gesetzlichen Vorschriften und ohne das Gericht zu befragen, abschloss, derselbe aber ungiltig sei, weil es sich hierbei um ein Geschäft von grösserer Wichtigkeit handelte, demnach die Einwilligung der Vormundschaft und des Gerichtes erforderlich war, welche aber weder angesucht noch ertheilt wurde. Es muss nun zunächst hervorgehoben werden, dass sich die Geklagte nach dem Gesetze (§ 246 ABG) auch während ihrer Minderjährigkeit zu den Diensten als Schauspielerin und Sängerin auf dem unter der Direction des Klägers stehenden Theater verdingen konnte, und dass demzufolge der gegenständliche Vertrag (Beilage A), insoferne er sich als einfacher Lohnvertrag im Sinne des § 1151 ABG darstellt, ungeachtet der fehlenden Einwilligung der Vormundschaft als rechtsgiltig abgeschlossen erscheinen würde. Allein gleichzeitig mit dem Lohnvertrage wurde ein Schadenvergütungsvertrag (Conventionalstrafe) vereinbart und als eine Nebenbestimmung dem Lohnvertrage beigesetzt, welche in rechtlicher Beziehung nach den Bestimmungen der §§ 897 bis 913 und des § 1159 ABG zu beurtheilen kommt. Es handelt sich demnach im vorliegenden Falle um die Vertragsfähigkeit der Geklagten in Ansehung dieser Vertragsnebenbestimmung. Kläger hat nun behauptet, dass bei Engagementsverträgen zwischen Theaterdirectoren und Schauspielern oder Schauspielerinnen die Stipulirung eines Pönales für den Fall einer Vertragsbrüchigkeit seitens der letzteren ausnahmslos zu den gewöhnlichen und wesentlichen Bedingungen eines derartigen Vertrages gehört, und dass es einem Schauspieler oder einer Schauspielerin niemals gelingen würde, ein Engagement an einer öffentlichen Bühne zu finden, ohne dass sie sich für den Fall einer Vertragsbrüchigkeit zur

Zahlung eines im Vorhinein bestimmten Pönales verpflichten, sowie dass bei einer monatlichen Gage von 100 fl. und bei einem garantirten Spielhonorar von monatlich 30 fl. die Höhe des vereinbarten Pönales von 600 fl. eine den gegebenen Verhältnissen durchaus angemessene sei. Die hierüber geführten Sachverständigen haben zwar nicht übereinstimmend bestätigt, dass die Pönalstipulation jederzeit und ausnahmslos bei allen Engagementsverträgen vorkomme, wohl aber einhellig erklärt, dass dieselbe zu den gewöhnlichen Bedingungen eines Engagementsvertrages gehöre, und dass mindestens bei Privatbühnen das Zustandekommen eines solchen ohne diese Stipulation nicht zu erhoffen, sowie dass sie für den Theaterdirector eine wesentliche Vertragsbedingung und im vorliegenden Falle deren Höhe per 600 fl. den Verhältnissen angemessen sei. Allein massgebend für die Lösung der Rechtsfrage ist nicht der Umstand, ob die Pönalstipulation bei derartigen Engagementsverträgen vom Standpunkte des Theaterdirectors, sondern ob sie vom Rechtsstandpunkte aus ein „wesentliches“ Vertragserforderniss bilde. Engagementsverträge sind Lohnverträge, auf welche die für entgeltliche Verträge über Diensteslеistungen im 26. Hauptstücke des ABG enthaltenen allgemeinen Bestimmungen in Anwendung kommen, da sich nirgends im Gesetze in Ansehung derselben Ausnahmsbestimmungen finden. Für jeden derlei Vertrag ist die Nebenbestimmung der Conventionalstrafe eine erlaubte, für keinen eine obligatorische. Ist daher auch der Minderjährige zweifellos zum Abschlusse eines Lohnvertrages im Grunde des § 246 ABG ohne Einwilligung der Vormundschaft berechtigt, so erstreckt sich diese Berechtigung doch nicht auf die wenngleich nur als Nebenbestimmung des Lohnvertrages vereinbarte Conventionalstrafe. Allerdings kann auch ein Minderjähriger für den von ihm verursachten Schaden verantwortlich gemacht werden, allein im gegebenen Falle handelt es sich nicht um eine der gesetzlichen Judicatur der Vormundschaftsbehörde entrückte, sondern um eine vertragsmässige Schadenersatzpflicht. Ist nun schon jeder Schadenvergütungsvertrag der Natur der Sache nach als ein Rechtsgeschäft von grösserer Wichtigkeit im Sinne des § 233 ABG anzusehen, so ist es der vorliegende im erhöhten Masse. Fasst man nämlich dessen Bestimmungen näher in's Auge, so zeigt sich, dass im Abs. 11 nicht allein bei Nichtantritt oder eigenmächtiger Unterbrechung des Engagements, sondern überhaupt bei Verletzung irgend eines Punktes desselben eine mit dem relativ nicht unbedeutenden Betrag von 600 fl. fixirte Conventionalstrafe, auf deren richterliche Mässigung überdies im Voraus verzichtet wurde, verfällt. Nach § 233 ABG bedürfen Geschäfte Minderjähriger, welche nicht zum ordentlichen Wirthschaftsbetriebe gehören und von grösserer Wichtigkeit sind, der gerichtlichen Genehmigung. Da diese in Ansehung der bedungenen Conventionalstrafe nicht erfolgte, erscheint deren Vereinbarung als rechtsungiltig und Kläger sachfällig. Zwar wendet letzterer

auch noch ein: 1. dass der Vertrag A mit Wissen und vorheriger Einwilligung der Mutter der Geklagten als Vormünderin und des Mitvormundes abgeschlossen wurde, und insbesondere erstere durch Einsicht der von der Geklagten vorgewiesenen Abschrift des Vertrages Kenntniss von dessen wesentlichen Punkten erlangte, und dass, wenn derselbe auch nicht mit der vormundschaftsbehördlichen Genehmigungsclausel versehen ist, doch als von der Vormundschaftsbehörde genehmigt anzusehen sei, weil diese mit B. vom 9. Mai 1884, Z. 23.565, die Zustimmung ertheilte, dass ein der Geklagten gehöriger Satzcapitalstheilbetrag von 2000 fl. zur Anschaffung ihrer Theatergarderobe verwendet werde, dass sonach implicite die gerichtliche Bewilligung zum Antritt dieser Laufbahn ertheilt und dadurch die Geklagte stillschweigend ermächtigt wurde, ohne vorher für die einzelnen Fälle die gerichtliche Genehmigung einzuholen, alle Rechtshandlungen vorzunehmen, die sich auf die Ausübung ihres Berufes beziehen, und dass die Vormundschaftsbehörde (das LG Wien), obschon es von den wiederholten früheren Engagements Kenntniss erhielt, niemals die Vorlage des Vertrages zur Genehmigung begehrte; 2. dass die Geklagte sich insbesondere auch deshalb zur Zahlung des vereinbarten allgemein üblichen Pönales rechtswirksam verpflichten konnte, weil die von ihr namentlich während der Saison 1887/1888 im Theater in X in's Verdienen gebrachten Beträge monatlicher 130 fl. weitaus den Betrag der Conventionalstrafe überstiegen und sie nach § 246 ABG auch über künftig fällig werdende Früchte ihres Fleisses frei verfügen, sich daher auch verbinden konnte. Hierauf ist jedoch zu bemerken: ad 1, dass, wie bereits erörtert wurde, die vormundschaftsbehördliche Genehmigung eines Vertrages über entgeltliche Dienstleistungen eines Minderjährigen nach § 246 ABG überhaupt nicht erforderlich ist, daher die Vormundschaftsbehörde keinen Anlass hatte, die Vorlage der bezüglichen Lohnverträge zur Prüfung und Genehmigung zu verlangen, Kläger aber selbst nicht behauptet, dass das Gericht jemals Kenntniss von einer Conventionalstrafen-Vereinbarung erhielt, sowie dass, wenn überhaupt von einem sogenannten materiellen Einverständnisse oder einer stillschweigenden Ermächtigung seitens des Gerichtes gesprochen werden könnte, dieselbe die in den §§ 187 und 189 Abh. Pat. vorgeschriebene Art der Genehmigung von Verträgen Minderjähriger nicht zu ersetzen vermöchte; ad 2, dass, wenngleich es usuell sein mag, dass den Engagementsverträgen die Nebenbestimmung der Conventionalstrafe beigefügt wird, daraus doch nicht gefolgert werden kann, dass, weil zum Abschlusse eines gewöhnlichen Lohnvertrages die gerichtliche Einwilligung nicht erforderlich ist, diese auch für Lohnverträge mit der wichtigen Nebenbestimmung der Conventionalstrafe entbehrlich sei, und dass zwar nach § 246 ABG der Minderjährige allerdings über das, was er sich durch seine Dienste oder auf andere Art durch seinen Fleiss erwirbt, frei verfügen und sich verpflichten kann, dass aber im vorliegen-

den Falle durch die Hinweisung auf den Erwerb der Geklagten von monatlichen 130 fl. in einer früheren Saison noch keineswegs erwiesen erscheint, dass sie zur Zeit des Vertragsabschlusses ein auf obige Art erworbenes, zur eventuellen Bezahlung der Conventionalstrafe ausreichendes Vermögen besessen habe, sowie endlich, dass die obige Bestimmung des § 246 ABG nur das bereits Erworbene, nicht aber auch das etwa zukünftig zu Erwerbende betrifft.

Ueber Appellation des Klägers hat die II. J. die E. I. J. bestätigt aus nachstehenden

Gründen:

Der Kläger begehrt von der Geklagten die Zahlung eines Pönales von 600 fl., welches im § 11 des zwischen den Streittheilen im Jahre 1888 geschlossenen Engagementsvertrages für den Fall einer eigenmächtigen Unterbrechung oder Verletzung irgend eines Punktes dieses Vertrages, insbesondere für den Fall des nicht rechtzeitigen Antrittes des Engagements stipulirt worden ist. Die Geklagte gibt zu, diesen Vertrag abgegeschlossen und unterfertigt und ihr Engagement nicht angetreten zu haben. Es handelt sich demnach lediglich um die Frage, ob die Geklagte, ungeachtet ihrer damaligen Minderjährigkeit, fähig war, ohne Genehmigung der Vormundschaftsbehörde einen die Stipulation einer Conventionalstrafe enthaltenden Engagementsvertrag mit rechtsverbindlicher Wirkung einzugehen. Diese Frage muss verneint werden. Dass die Geklagte auch ohne Einwilligung ihrer Vormundschaft einen sie zur Dienstleistung als Schauspielerin verpflichtenden Engagementsvertrag mit einem Theaterdirector abzuschliessen befähigt war, folgt aus § 246 ABG. Ebenso folgt jedoch aus der Anordnung der §§ 244 und 865 ABG, dass ein solcher Vertrag zu seiner Giltigkeit der Genehmhaltung der Vormundschaftsbehörde dann bedarf, wenn die Minderjährige ein ihr Vermögen belastendes Versprechen gemacht hat. Dass die stipulirte Conventionalstrafe zunächst aus dem Vermögen der Geklagten zu leisten war und der Direction nur die Wahl eingeräumt wurde, dieselbe auch aus den vertragsmässigen Bezügen der Geklagten, aus dem durch ihren Fleiss Erworbenen, einzubringen, ergibt sich aus dem Wortlaute des elften Vertragsabsatzes. Wenn die Sachverständigen bestätigen, dass bei Engagementsverträgen der Schauspieler und Schauspielerinnen mit Theaterdirectoren die Pönalstipulation zu den gewöhnlichen Vertragsbedingungen gehört, dass bei Privatbühnen es einer Schauspielerin kaum gelingen dürfte, ein Engagement ohne Stipulirung eines Pönales für den Fall des Vertragsbruches zu erlangen, dass eine solche Vertragsbedingung namentlich bei Privatbühnen eine wesentliche, weil für den Theaterdirector unerlässlich nothwendig ist, so folgt hieraus nur, dass für eine minderjährige Schauspielerin ein für die Contrahenten Rechte erzeugendes Engagement nicht erreichbar

ist, wenn die Vormundschaftsbehörde der von der Theaterdirection geforderten Pönalstipulation nicht zustimmt. Die Geklagte hat auch auf die richterliche Mässigung des vereinbarten und nicht unbeträchtlichen Pönalbetrages verzichtet, die Fälligkeit dieses Betrages für jeden Fall einer Vertragsverletzung anerkannt, somit Verbindlichkeiten von grösserer Wichtigkeit auf sich genommen, deren Giltigkeit gemäss § 233 ABG von der Zustimmung der Vormundschaftsbehörde abhängt. Da eine solche nicht eingeholt wurde, so kann der Kläger die stipulirte Conventionalstrafe nicht fordern.

Der a. o. Revisionsbeschwerde des Klägers hat der OGH keine Folge zu geben befunden.

Gründe:

Die angefochtenen untergerichtlichen U. lassen weder eine Nichtigkeit wahrnehmen, noch auch liegt in denselben eine offenbare Ungerechtigkeit. Sie entsprechen vielmehr der Sach- und Rechtslage, wie aus deren Begründung, insbesondere auch hinsichtlich des vorliegenden Gutachtens der Sachverständigen hervorgeht. Mit Bezug auf die Ausführungen der Revisionsbeschwerde wird noch bemerkt, dass die Bestimmung des § 246 ABG, wonach ein Minderjähriger über Dasjenige, was er durch seinen Fleiss erwirbt, frei verfügen kann, hier nicht massgebend ist, weil der Kläger nicht im Besonderen die Befriedigung aus einem derart von der Geklagten erworbenen Vermögen anstrebt. Die seitens der Pupillarbehörde erfolgte Genehmigung der Verwendung eines Theiles des Pupillarvermögens zur Anschaffung einer Theatergarderobe könnte, selbst wenn darin die Zustimmung zur Wahl ihres Berufes erkannt würde, noch nicht die Folge begründen, dass auch die Pönalstipulation als genehmigt gelten müsse, und zwar schon darum nicht, weil nicht vorausgesetzt werden kann, dass dem Gerichte die Modalitäten der Engagementsverträge bekannt seien. Im Bestande der vom Kläger vertretenen Ansicht über die Rechtswirksamkeit der von einem Minderjährigen bei Abschluss eines Lohnvertrages eingegangenen weiteren Verpflichtungen könnte ein Minderjähriger in einem Lohnvertrage über sein ganzes Vermögen ohneweiters verfügen, während es doch klar ist, dass die Tendenz des § 246 ABG nur dahin geht, dem Minderjährigen zu ermöglichen, seine Arbeitskraft zu verwerthen, ohne dabei an die sonst bezüglich seiner Dispositionsfähigkeit gesetzlich statuirten Einschränkungen gebunden zu sein. Eine die Verfügung über die Arbeitskraft überschreitende Verpflichtung kann aber ohne die bezüglichen gesetzlichen Cautelen nicht eingegangen werden (§ 1159 ABG).

2682.

Einseitiger Rücktritt vom Verlöbniss begründet kein die Rückforderung der Verlobungsgeschenke ausschliessendes Verschulden.

E. v. 24. März 1892, Z. 3013. — (JB 23 ex 92, Seite 275.)

Die von der A wider den B erhobene Klage, dahin lautend, es sei B schuldig, die ihm in Rücksicht auf die künftige Ehe von der A geschenkte goldene Uhr und Kette zurückzustellen, oder deren Werth per 150 fl. zu bezahlen, wurde von der I. J. abgewiesen.

Gründe:

Die Klägerin gründet ihr Klagebegehren auf folgende Umstände: 1. dass sie zur Zeit, als sie dem Geklagten den Streitgegenstand zum Geschenke machte, noch minderjährig war, dass daher beim Fehlen der Zustimmung der Vormundschaft ein rechtsgiltiger Schenkungsvertrag nicht zustande kam; 2. dass das zwischen ihr und dem Geklagten bestandene Verlöbniss ohne ihr Verschulden gelöst worden sei und der Grund zum Rücktritt auf Seite des Geklagten lag, dass daher für diesen eine Verpflichtung zur Zurückstellung der von der Klägerin erhaltenen Brautgeschenke bestehe; 3. dass sie die vom Geklagten erhaltenen Geschenke nur unter der Bedingung zurückgestellt habe, dass auch Geklagter die seinerseits empfangenen Geschenke retournire, welcher Verpflichtung er nicht nachgekommen ist. Was nun den ersten Umstand anbelangt, so sprechen sich die allgemeinen Bestimmungen des ABG über die Fähigkeit Minderjähriger zur Eingehung von rechtsverbindlichen Handlungen allerdings dahin aus, dass sich Minderjährige nur mit Zustimmung ihrer gesetzlichen Vertreter verpflichten können; es sind jedoch die Ausnahmsbestimmungen der §§ 151 und 246 ABG, wonach Minderjährige nach erreichter Mündigkeit über Sachen, die ihnen zum Gebrauche übergeben worden sind, frei verfügen und sich verpflichten können, nicht zu übersehen. Eine besondere Begünstigung wird aber solchen Minderjährigen, welche das 20. Lebensjahr überschritten haben, durch die Bestimmung des § 247 ABG ertheilt. Nach der eigenen Angabe der Klägerin war dieselbe zur Zeit der Uebergabe des Streitgegenstandes an den Geklagten fast 24 Jahre alt, hatte daher nicht nur die Jahre der Mündigkeit bereits seit Langem überschritten, sondern war der Grossjährigkeit sehr nahe. Weiters führte Klägerin aus, dass sie die in Rede stehende Uhr sammt Kette von ihrem Bruder geschenkt, somit zum Gebrauche und zur eigenen freien Verfügung erhalten habe und wird nicht behauptet, dass von dem Geschenkgeber ein das Verfügungsrecht beschränkender Zusatz gemacht worden sei. Es unterliegt daher keinem Zweifel, dass nach den Ausnahmsbestimmungen des bürgerlichen Rechtes ein vollkommen rechtsgiltiger, unbeschränkter Schenkungsvertrag zustande kam. Was den zweiten Umstand anbelangt, dass das Ver-

löbniss ohne Verschulden der Klägerin gelöst wurde und der Grund zum Rücktritte auf Seite des Geklagten gelegen sei, so war es Sache der Klägerin, den diesbezüglichen Beweis zu erbringen. Dieselbe beruft sich nun darauf, dass Geklagter durch sein frivoles, cynisches Benehmen ihre jungfräuliche Schamhaftigkeit in so hohem Grade verletzt habe, dass sie als ehrsames und tugendhaftes Mädchen zum Rücktritte vom Verlöbnisse gezwungen worden sei, indem sie zum Beweise hiefür anführt: 1. (folgt eine anlässlich eines Spazierganges im Dresdener Thiergarten von B zu der A gemachte höchst unanständige Bemerkung); 2. dass sie der Geklagte wiederholt vor der Hochzeit zur Gestattung des ausserehelichen Beischlafes zu veranlassen suchte. Aus den Ausführungen der Klägerin ergibt sich, dass die obcitirte cynische Aeusserung ungefähr zur Zeit, respective (nach der Klagsangabe) vor der Verlobung (d. i. Mitte Mai 1890) gemacht worden sein soll, und wird nicht widersprochen, dass die Verlobung in Dresden stattfand, und auch nicht behauptet, dass Klägerin ein zweites Mal mit dem Geklagten in Dresden beisammen war; es ist weiters unbestritten, dass der Streitgegenstand erst einige Wochen später, d. i. am 24. Juni 1890 dem Geklagten geschenkt wurde und dass die Lösung des Verlöbnisses erst am 9. August 1890 erfolgte, sowie dass in dem vom Vormunde namens der Klägerin geschriebenen Briefe lediglich zur Begründung des Rücktrittes angeführt war: „es sei von Gott nicht bestimmt, dass die Brauttheile sich heiraten, zudem könne die Braut sich nicht entschliessen, die Mutter zu verlassen.“ Wird nun erwogen, dass die Klägerin trotz der angeblichen frivolen Aeusserung des Geklagten den Verkehr mit demselben aufrecht erhielt, erst nachträglich die nun rückverlangten Geschenke machte und in dem in ihrem Auftrage vom Vormund an den Geklagten gerichteten Briefe keineswegs dem Geklagten ein Verschulden an der Lösung des Verlöbnisses, sondern den Grund anderen Umständen beimisst, so ist mit Bestimmtheit anzunehmen, dass der Grund nicht in der vom Geklagten angeblich gemachten Aeusserung beruht. Dasselbe gilt auch von den verschiedenen wiederholten Versuchen des Geklagten, die Klägerin zum ausserehelichen Beischlaf zu veranlassen, wozu noch kommt, dass auf den diesbezüglich angebotenen Haupteid wegen der Allgemeinheit des Eidesthemas, da nicht angegeben, unter welchen Verhältnissen, zu welchen Zeiten, auf welche Weise, durch welche Handlungen diese Versuche unternommen wurden, nicht abgegangen werden konnte. Da nun nach § 1247 ABG nachzuweisen war, dass der Rücktritt ohne Verschulden der Klägerin erfolgte, was nicht gelang, war auch aus diesem Grunde das Klagebegehren abzuweisen. Was nun den dritten Punkt der klägerischen Klagsbegründung anbelangt, so ist darin, dass die Geschenke, welche die Braut vom Geklagten erhalten hatte, mit der Aufforderung zurückgeschickt wurden, dass Geklagter die seinerseits von der Klägerin erhaltenen Geschenke zurückstelle, keine Bedingung gelegen, auf Grund

welcher nunmehr die Rückstellung der dem Geklagten von der Klägerin gemachten Geschenke begehrt werden könnte, und konnte daher auch aus diesem Grunde dem Klagebegehren keine Folge gegeben werden. Auf die Einwendung der fehlenden activen Klagslegitimation war bei Abweisung der Klage nicht weiter einzugehen. Juristisch irrelevant ist die allerdings nicht zu bestreitende Behauptung der Klägerin, dass es allgemeine Gepflogenheit und Sache des Anstandes ist, dass Brautgeschenke bei Aufhebung des Verlöbnisses gegenseitig rückgestellt werden.

Der gegen dieses U. von A erhobenen Appellationsbeschwerde stattgebend, hat die II. J. dem Begehren der Klage gemäss erkannt.

Gründe:

Der Geklagte stellt nicht in Abrede, von der Klägerin, die damals seine Braut war, beziehungsweise von deren Mutter für dieselbe in Rücksicht auf die künftige Ehe eine goldene Uhr sammt Kette, deren Kaufpreis mit 150 fl. angegeben wird, geschenkt bekommen zu haben, wendet jedoch gegen das Begehren um Rückstellung der Gegenstände hauptsächlich ein, dass die Klägerin einseitig, ohne ein wirkliches Verschulden seitens des Geklagten, somit willkürlich von dem Verlöbnisse zurückgetreten sei, daher durch diesen Rücktritt das Nichtzustandekommen der Ehe verschuldet habe, daher nach § 1247 ABG nicht berechtigt sei, die dem anderen Brauttheile gegebenen Geschenke zurückzufordern. Allein diese Anschauung ist im Gesetze nicht begründet. Die Bestimmungen der §§ 45 und 46 stellen ausdrücklich jedem Theile frei, ohne weitere Verbindlichkeit von einem Eheverlöbnisse zurückzutreten, ein solcher Rücktritt an sich kann daher noch in keinem Falle als Verschulden im Sinne des § 1247 ABG aufgefasst werden, und gibt dem anderen Brauttheile nur den Anspruch auf Ersatz eines wirklichen Schadens, welchen er aus diesem Rücktritte zu leiden hätte. Dass aber ein anderweitiges Verschulden auf Seite der Braut vorhanden gewesen wäre, welches jene strengeren Folgen nach sich zöge, hat der Geklagte selbst nicht behauptet. Die Klägerin war daher im Rechte, die Schenkung zu widerrufen, was sie auch zugegebenermassen durch ihren Vormund gethan hat. Es bleibt somit ganz unentscheidend, ob die der Grossjährigkeit nahestehende Braut selbst durch Darreichung eines ihr zu diesem Behufe von ihren Angehörigen übergebenen Gegenstandes, oder ihre Mutter für sie, denselben geschenkt hat; nach der Bestimmung des § 1247 kann in jedem dieser Fälle die Rückforderung stattfinden. Da jener Werth, welchen die in Händen des Geklagten befindliche Uhr sammt Kette zur Zeit der Uebergabe von ihr hatte, nicht erhoben werden kann, erübrigte nur, den von den Klägern behaupteten Ankaufspreis per 150 fl. als jenen Betrag anzunehmen, welchen Geklagter zu ersetzen hat, wenn er sich nicht durch die Rückstellung der Uhr und Kette von dieser Verbindlichkeit befreit.

Die Revisionsbeschwerde des B hat der OGH zurückzuweisen befunden.

Gründe:

Die Einwendung des Geklagten gegen die Klagslegitimation der A stellt sich als ungerechtfertigt dar, da ihm nach seiner eigenen Angabe die Uhr und Kette von der Mutter derselben als Brautgeschenk der Letzteren übergeben worden ist, die Klägerin daher allerdings als die Geschenkgeberin zur Geltendmachung des Anspruches auf Rückstellung berufen angesehen werden muss. Auch in Betreff des Rückforderungsanspruches selbst erscheint der obergerichtliche Ausspruch begründet. Abgesehen davon, dass eine unter Vormundschaft stehende Minderjährige eine Ehe nur mit obervormundschaftlicher Genehmigung schliessen kann, also gar nicht in der Lage wäre, in dieser Beziehung eine bestimmte Zusage zu machen, rechtfertigt das aus dem § 45 ABG hervorleuchtende Bestreben, jeden Zwang zur Eingehung einer Ehe nach Thunlichkeit hintanzuhalten, die Annahme, dass durch § 1247 ABG im Gegensatze zu § 46, welcher einen effectiven Schaden voraussetzt, der Schenkende nur in dem Falle eines schuldbaren Verhaltens von der Befugniss ausgeschlossen werden soll, mittelst Widerrufes der Schenkung die Wiederherstellung des früheren Zustandes zu bewirken. Ein solches Verschulden kann aber angesichts der Unverbindlichkeit des Verlöbnisses in dem blossen Factum des Rücktrittes seitens des jungen Mädchens nicht gefunden werden. Hier handelt es sich zudem um die Erwiderung eines Geschenkes, welches zwar nicht nach § 942 ABG vorher bedungen, aber nach den in dieser Beziehung herrschenden Gepflogenheiten vorausgesetzt werden konnte, und die Umstände, unter welchen die Retournirung der von dem Geklagten der Klägerin geschenkten Gegenstände vor sich ging, konnte diesen nicht darüber in Zweifel lassen, dass damit ein in solchen Fällen üblicher Austausch der früher wechselseitig geschenkten Sachen bewerkstelligt werden sollte. Wenn daher der Geklagte die unter solchen Verhältnissen an ihn gelangten Gegenstände ohne Vorbehalt und ohne Verwahrung gegen die an der Rückstellung geknüpfte Voraussetzung entgegennahm, so durfte darin in der That mit Recht ein Eingehen auf die mit der Sendung eingeleitete Annullirung der beiderseitigen Schenkungen erblickt werden. Was den eventuell angesprochenen Geldbetrag anbelangt, so hat der Geklagte, der übrigens in der Einrede gar nicht behauptet hat, dass er Uhr und Kette nicht mehr besitze und rückzustellen nicht in der Lage sei, die Repliksangaben über den Kaufpreis dieser Gegenstände duplicando nicht gerichtsordnungsmässig widersprochen. Der für die Erwerbung einer Sache gezahlte Preis, welcher ohnedies naturgemäss die Grundlage der Bewerthung durch einen nicht sachverständigen Eigenthümer bildet, muss jedoch als Aequivalent der Sache gelten, so lange nicht Umstände dargethan werden, aus denen hervorgeht, dass in dem speciellen Falle ein dem Werthe der

Sache unangemessener Preis bezahlt worden sei. Der Umstand, ob die Sache von dem Kläger selbst oder für ihn von einem Dritten angeschafft worden ist, vermag in dieser Beziehung keinen Unterschied zu begründen.

2683.

Die Streichung des Namens des (jedoch nicht vom Acceptanten) befriedigten Indossatars und Ersetzung dieses Namens durch den des Wechselinhabers ist weder unbefugt, noch gesetzwidrig; der letztere ist hiedurch zur Einklagung, wie auch als Eigenthümer des Wechsels legitimirt.

E. v. 29. März 1892, Z. 3157. — (GZ 22 ex 92, Seite 175.)
I. LG Lemberg.
II. OLG Lemberg.

In der mündlich nach Wechselrecht verhandelten Rechtssache des A wider B wegen Zahlung des Wechselbetrages von 238·75 fl. s. N. G. hat der Belangte eingewendet, dass der Kläger zur Einklagung der Wechselsumme per 238·75 fl. nicht legitimirt sei, weil auf dem eingeklagten Wechsel das ursprünglich an die Ordre der Actien-Hypothekenbank lautende Giro durchstrichen und an die Stelle dieser Ordre folgendes „für mich an die Ordre des Herrn A“ gesetzt wurde.

Die I. J. hat das Klagebegehren abgewiesen, weil nach der nicht widersprochenen Einwendung des Belangten eine Aenderung des Giros vorgenommen wurde, eine solche Aenderung ungiltig ist, demnach der Kläger die Devolution des Wechselrechtes mittelst Giros nicht dargethan hat.

Die II. J. hat das U. der I. J. aus dessen Gründen bestätigt, hinzufügend, dass die Actien-Hypothekenbank als ursprünglicher Giratar den eingeklagten Wechsel an den Kläger nicht girirte, sondern blos die erhaltene Zahlung auf dem Wechsel quittirte, weshalb die von einer unberufenen Person vorgenommene Aenderung des ursprünglichen Giros mittelst Durchstreichung der Actien-Hypothekenbank und der Einschreibung des Klägers als Giratars gesetzwidrig ist und das Recht des Klägers zur Einklagung nicht begründen kann.

Der OGH hat über die a. o. Revisionsbeschwerde des Klägers die gleichförmigen U. abgeändert und unbedingt nach dem Klagebegehren erkannt.

Gründe:

Der von beiden Untergerichten geltend gemachte Abweisungsgrund des klägerischen Begehrens, nämlich die unbefugte und gesetzwidrige Aenderung des Indossaments und der hiedurch bedingte Mangel der activen Klagslegitimation ist nicht zutreffend; denn, wenn auch im vorliegenden Falle das ursprünglich an die Ordre der Actien-Hypothekenbank lautende

Giro des Remittenten durchstrichen und an die Stelle dieser Ordre die Ordre des A gesetzt, sohin eine Aenderung dieses Giros bewirkt wurde, so konnte hiedurch dem Kläger als Wechselinhaber die Legitimation zur Einklagung des Wechsels nicht benommen werden, da er ein Indossatar und als solcher durch das Indossament zur Einklagung des Wechsels legitimirt ist (Art. 36 WO). Der Kläger ist aber durch dieses Giro auch als Eigenthümer des eingeklagten Wechsels legitimirt, denn nach Art. 9 und 13 WO ist der Remittent und jeder Wechselinhaber berechtigt, die auf dem Wechsel befindlichen Blanco-Indossamente auszufüllen, nach Art. 55 WO kann jeder Indossant, der einen seiner Nachmänner befriedigt hat, sein eigenes und seiner Nachmänner Indossament ausstreichen und nach Art. 36 WO werden ausgestrichene Indossamente bei Prüfung der Legitimation als nicht bestehend angesehen. Nun ist die Actien-Hypothekenbank als späterer Indossatar befriedigt worden, und da der Belangte als Wechselacceptant gar nicht behauptet, die Zahlung geleistet zu haben, so ist auch die Ausstreichung des auf die Ordre der Actien-Hypothekenbank lautenden Giros auf Grund der Art. 36 und 55 WO gerechtfertigt, und wenn nun in diesem ausgestrichenen, jedoch vom Remittenten gefertigten Giro eine Aenderung der Ordre an die des Klägers A erfolgte, so verstosst dies nicht gegen die Bestimmungen der WO, da auch eine Ausfüllung der Indossamente zulässig ist. Keinesfalls ist aber durch diese Aenderung der Uebertragungserklärung des Wechsels an A die dem Wechselacceptanten nach Art. 23, 36 und 81 WO aus seinem Accepte obliegende Verbindlichkeit zur Zahlung des Wechselbetrages an den Kläger alterirt, und dies um so weniger, als der Belangte selbst eingestand, dass er eigentlich nur mit dem Kläger in Geschäften stand, und ihm den nun eingeklagten Wechsel übergab, sonach der Kläger sein eigentlicher Wechselgläubiger war. Zwar behauptet der Belangte, dass der Kläger sich auf dem Wechsel als Aussteller hätte fertigen sollen, und dass sonach C nicht berechtigt war, sich als Aussteller zu fertigen; allein diese Einwendung ist ganz haltlos, da der Belangte nicht behauptet, dass diesfalls eine besondere Vereinbarung getroffen wurde, und dass durch die Ausfüllung der Unterschrift des C als Ausstellers mit dem Wechsel ein rechtswidriger Gebrauch gemacht worden wäre. Endlich kann auch die Einwendung des Belangten, dass er, als des Lesens und Schreibens unkundig, den Klagewechsel eigenhändig als Acceptant nicht gefertigt hat, nicht berücksichtigt werden, da er ja selbst eingestand, dass bei der Fertigung des Wechselblanquettes seine Hand mit der Feder von einer dritten Person über dieses Blanquett geführt und auf diese Art sein Vor- und Zuname auf diesem Wechsel zu Stande gebracht wurde, worauf er solchen dem jetzigen Kläger, mit dem er in Handelsgeschäften stand, übergab. Da nun Belangter selbst eingestand, Wissenschaft hievon gehabt zu haben, dass er auf diesem Wechselblanquette seinen Vor- und

Zunamen als Acceptant, wenn auch mit Zuhilfe einer dritten Person, zeichne, so entbehrt die von ihm erhobene Einwendung der Unechtheit seines Acceptes jeder Grundlage und es entfällt sohin auch die Nothwendigkeit der Zulassung der angebotenen Beweise über die Echtheit des Acceptes. Bei dieser Sachlage und beim Eintritte der Voraussetzungen des Hofd. vom 15. Februar 1833, JGS Nr. 2593, musste dem ausserordentlichen Revisionsbegehren des Klägers Folge gegeben und unter Abänderung der beiden untergerichtlichen U. dem in der Klage gestellten Begehren stattgegeben werden.

2684.

Die gegen eine Concursmasse aufgelaufenen Kosten der executiven Schätzung eines Massegutes sind nach den im § 36 der CO aufgestellten Grundsätzen zu behandeln.

E. v. 29. März 1892, Z. 3553. — (GH 30 ex 92, Seite 257.)

I. BG Smichow.
II. OLG Prag.

Die I. J. hat dem Anton M. peto. 70 fl. die executive Abschätzung der dem Carl K., beziehungsweise in dessen CM gehörigen Liegenschaften bewilligt und zugleich ausgesprochen, dass Carl K., beziehungsweise dessen CM, schuldig sei, dem Exequenten an Kosten des bezüglichen Schätzungsgesuches den Betrag von 4·05 fl. binnen vierzehn Tagen bei sonstiger Execution zu bezahlen.

Ueber den gegen den Ausspruch im Kostenpunkte gerichteten Recurs des Masseverwalters im Concurse des Carl K. hat die II. J. die E. I. J. in diesem angefochtenen Punkte dahin abgeändert, dass die Gesuchskosten mit 4·05 fl. adjustirt und für den Fall des Vollzuges der Schätzung dem Exequenten gegen die CM des Carl K. zur Zahlung unter Executionsfolgen zuerkannt werden; denn die Schätzungsgesuchskosten sind nur dann als Massekosten anzusehen, wenn die Schätzung auch vollzogen wurde (§ 29, Z. 1 lit. a) und steht über die Art der Bezahlung derselben die Verfügung den durch die CO bestimmten Organen zu.

Ueber den Revisionsrecurs des Exequenten Anton M. hat der OGH die beiden unterrichterlichen E. in dem angefochtenen Kostenpunkt abzuändern und auszusprechen befunden, dass dem Anton M. an Kosten seines Schätzungsgesuches der Betrag von 4·05 fl., welcher aus dem seinerzeit zu erzielenden Verkaufserlöse der in die CM gehörigen Pfandgüter einzubringen sein wird, zuerkannt werde; diess im Hinblicke auf die Bestimmung des § 12, Abs. 2 CO, sowie in Anbetracht, dass die in Frage stehenden Executionskosten nicht als Massekosten im Sinne des § 29, Abs. 1 lit. a der CO, sondern nach dem im § 36 ibid. für die Ansprüche der Realgläubiger aufgestellten Grundsatze zu behandeln sind.

2685.

Bei Beurtheilung der Frage, ob ein Geschäft ein Fixgeschäft ist, ist der Richter an den Ausspruch der Sachverständigen und an bestehende Handelsgebräuche nicht gebunden.

E. v. 29. März 1892, Z. 3602. — (GH 46 ex 92, Seite 388.)

I. HG Prag.
II. OLG Prag.

Die Firma M. in London unter freiwilliger Vertretungsleistung des N. in Prag belangte den O., Zuckeragentur und Commissionsgeschäft in Prag, auf Zahlung von 69 £ 12 sh. 11 p. und führte in der Klage an, dass sie gegen Ende October 1887 im Auftrage des Geklagten O. als Commissionär desselben 500 Sack Rübenzucker 985 englische Centner 25 Pfund um den Einheitspreis von 12 sh. $4^1/_2$ p., sohin um den Gesammtpreis von 609 £ 12 sh., respective um den nach Abzug des Cassascontos (5 Percent zweimonatliche Zinsen) per 5 £ 1 sh. 7 p. und nach Abzug eines weiteren halben Percentes per 3 £ 11 p. verbleibenden Restbetrag von 601 £ 9 sh. 6 p., und zwar „November“ (d. i. bis spätestens 30. November 1887) lieferbar verkauft habe. Da Geklagter nicht lieferte und der Marktpreis höher ging, war Kläger genöthigt, am 30. November 1887 500 Sack Rübenzucker 985 englische Centner 25 Pfund zu 14 sh. $1^1/_2$ p. am Londoner Markte zu kaufen, und zwar um einen Gesammtpreis von 690 £ 16 sh. 3 p., respective nach Abzug des 5 Percent zweimonatliche Zinsen betragenden Cassascontos per 5 £ 15 sh. 1 p. um den Preis von 685 £ 1 sh. 1 p. Hiedurch sei zu Gunsten des Klägers eine Differenz von 83 £ 11 sh. 7 p. entstanden, welche derselbe dem Geklagten mit Differenznote vom 30. November 1887 bekannt gegeben hat. Auf diese Differenz, welche der Geklagte zu ersetzen versprach, habe derselbe am 1. März 1885 5 £, am 3. November 1888 3 £ 18 sh. 8 p. und am 9. November 1888 5 £, zusammen 13 £ 18 sh. 8 p., abgezahlt und schuldet daher noch den Rest von 69 £ 12 sh. 11 p. dessen Zahlung er nun begehrt; den Beweis über diese Thatsachen führte Kläger mit den Urkunden C und D, d. i. mit den vom Geklagten an ihn gerichteten Briefen vom 14. Februar 1888 und 20. Februar 1888, weiter durch den Beweis mit Sachverständigen in der Zuckerbranche, durch welchen die Höhe der vom Kläger beanspruchten Differenz der Ziffer nach dargethan werden sollte, weiter die Richtigkeit der Berechnung des Rübenzuckers Ende October 1887 und Ende November 1887, ferner des Umstandes, ob „November“ lieferbar gleichbedeutend ist, „bis spätestens Ende November zu liefern“, ob das in Rede stehende Geschäft ein Fixgeschäft war, welches eine Nachfrist ausschliesst, welche Bedeutung bei Handelsgeschäften das Wort „Differenz“ in sich schliesst und endlich, ob im Zuckerhandel fremdländische Firmen eines Agenten zum

Geschäftsabschlusse mit einer Prager Firma sich zu bedienen pflegen. Weiter berief sich Kläger auf seinen Handelsbevollmächtigten N., Zuckeragenten in Prag, welcher beim Abschlusse dieses Handelsgeschäftes intervenirte und den Geklagten wegen Zahlung der eingeklagten Differenz mahnte, und welcher diesem Rechtsstreite als Vertretungsleister des Klägers beigetreten ist.

Der Geklagte bestritt sämmtliche Klagsangaben mit Ausnahme folgender Umstände: 1. dass er die obencitirten Briefe als echt anerkennt; 2. dass er mit dem Kläger nur ein einziges Geschäft abgeschlossen habe; 3. dass er zugesteht, N. stehe mit dem Kläger in Geschäftsverbindung und habe ihn (Geklagten) interpellirt, ob er geneigt sei, die Differenzen mit M. beizulegen, worauf er (Geklagter) antwortete, er werde in dieser Beziehung nur mit M. direct verhandeln. Besonders widersprach Geklagter, dass ihm die Differenznote vom 30. November 1887 (Beil. A) zugekommen sei, und dass er dieselbe anstandslos angenommen habe, widersprach die Bevollmächtigung des N. und protestirte gegen dessen Vertretungsleistung, widersprach endlich die Anerkennung der eingeklagten Schuld, welche nach den Klagsbehauptungen aus den Beilagen B und C, aus der Intervention des N. bei diesem Geschäfte und aus den von dem Geklagten in Abrede gestellten Abschlagszahlungen auf die Differenz per 83 £ 11 sh. 7 p. hervorgehen soll.

Die I. J. hat den Geklagten zur Zahlung des eingeklagten Betrages verurtheilt.

Gründe:

Nachdem die Klage in erster Reihe auf der Anerkennung der eingeklagten Schuld basirt, so ist vor Allem zu prüfen, ob und wie der Kläger diese Anerkennung nachgewiesen hat. In dem Briefe B vom 14. Februar 1888 gesteht Geklagter zu: 1. Es war nicht meine Schuld, dass ich die Lieferung von 500 Sack Zucker à 12.4$^1/_2$ an Sie nicht machen konnte, auf Verlangen stelle ich Herrn N. meine Correspondenz zur Verfügung, aus welcher er entnehmen kann, dass meine Angaben auf Wahrheit beruhen. 2. Ich bitte um Entschuldigung, wenn ich Ihnen nicht schon früher in meiner Angelegenheit geschrieben habe; allein ich habe fortwährend und leider erfolglos auf den Moment gewartet, wo es mir möglich war, Ihnen Ihr Guthaben zu remittiren. 3. Es ist gewiss keine Art, solche Differenzen nicht sofort zu ordnen. 4. Es ist mir möglich, Ihnen bis zum 25. d. (Februar 1888) einstweilen 20 £ zu remittiren, bitte mir zu schreiben, ob Sie damit einverstanden sind; den Rest bekommen Sie nach Möglichkeit und Thunlichkeit. 5. Ersuche Herrn N. zu schreiben, dass Sie die Angelegenheit direct mit mir austragen werden. Im Briefe C vom 22. Februar 1888 gesteht Geklagter zu: 6. Im Besitze Ihrer Zuschrift vom 16. d. (Februar 1888) behändige Ihnen anruhend 5 £, ferner

Anweisung Paris 99·50 Frcs. à vista 3 £ 18 sh. 8 p., zusammen 8 £ 18 sh. 8 p. zur Gutschrift, bemerkend, dass ich restliche 12 £ sobald wie nur möglich werde folgen lassen. 7. Bitte nochmals mich wegen Begleichung Ihres Guthabens nicht zu drängen, ich werde Ihnen dasselbe, sobald es mir möglich ist, dankend ordnen.

Aus diesen Briefen geht die Anerkennung der Schuld des Geklagten klar und deutlich hervor, denn es ist 1. der Bestand der Schuld, sowie deren Rechtsgrund in den Worten anerkannt: „Es ist nicht meine Schuld, dass ich die Lieferung per 500 Sack à 12 sh. $4^1/_2$ p. nicht machen konnte.“ Dieses Geständniss stimmt vollkommen mit den Klagsangaben überein und ist der Widerspruch des Geklagten, dass er die Differenznote ddto. London, 30. November 1887 nicht erhalten habe, ohne Bedeutung. 2. Ist durch die Worte des Briefes B: „es war mir nicht möglich, Ihnen Ihr Guthaben zu remittiren, bis zum 25. d. (Februar 1888) remittire ich 20 £ und den Rest bekommen Sie nach Möglichkeit und Thunlichkeit“, sowie in den Worten des Briefes C: „Anruhend übersende 8 £ 18 sh. 8 p. zur Gutschrift, bemerkend, dass ich die restlichen 12 £ sobald wie möglich werde folgen lassen; bitte mich wegen Begleichung Ihres Guthabens nicht zu drängen, ich werde Ihnen dasselbe, sobald es mir möglich ist, ordnen“, mit Rücksicht auf die Differenznote A und die in Folge dessen zwischen beiden Theilen entsponnene Correspondenz, und zwar ddto. 30. November 1887, 10. Februar 1888, 14. Februar 1888, 16. Februar 1888 und 22. Februar 1888, welche im innigen Zusammenhange nur einen und denselben, nämlich den Klagsgegenstand betreffen, erwiesen, dass Geklagter der gegen ihn eingeklagten Schuld vollkommen bewusst, geständig und bereit war, dieselbe zu bezahlen. Es ist hiemit dem Kläger der Beweis über den Bestand und die Anerkennung der Schuld nach § 113 AGO vollkommen gelungen, und es handelt sich weiter um die Höhe dieser Schuld, respective um die ziffermässige Richtigkeit der eingeklagten Differenz. Hierüber, sowie über weiter oben angeführte, in den Process einschlagende Umstände hat der Kläger den Sachverständigenbeweis angeboten; derselbe wurde laut Protocoll de praes. 30. August 1881, Z. 52.967, durchgeführt und die beiden Sachverständigen aus der Zuckerbranche haben einstimmig angegeben: 1. dass die Berechnung der Quantität und des Kaufpreises für den Ende October 1887 lieferbaren Zucker, und zwar 500 Sack = 985 englische Centner 25 Pfund um den Einheitspreis von 12 sh. $4^1/_2$ p., sohin um den Gesammtpreis von 609 £ 12 sh. nach Abzug der in der Klage angeführten Zinsen richtig ist, und dass sich der Restbetrag von 601 £ 9 sh. 6 p. ergibt, 2. dass der Tagescurs am 30. November 1887 für Rübenzucker auf dem Londoner Markte 14 sh. $1^1/_2$ p. per englischen Centner betrug; 3. dass die Berechnung der Quantität der 500 Säcke Rübenzucker, am 30. November 1887 vom Kläger gekauft auf dem Londoner Markte, richtig ist; dagegen ist die

Berechnung des Kaufpreises hiefür nicht richtig, denn derselbe beträgt 690 £ 4 sh., es ist hiemit in der Klage um 4 £ 19 sh. 3 p. weniger angeführt und hat sich Kläger sohin zu seinem Nachtheile um diesen Betrag geirrt; 4. dass sowohl nach deutschen, als auch nach englischen und desgleichen nach den in Prag geltenden Handelsgebräuchen der Ausdruck „November lieferbar" bedeutet „vom 1. bis 30. November inclusive zu liefern", und dass dieses in der Klage angeführte Handelsgeschäft ein Fixgeschäft ist, wonach nach englischen Usancen der Verkäufer bei nicht rechtzeitiger Lieferung ohne Anspruch auf Gewährung einer Nachfrist verpflichtet ist, dem Mitcontrahenten die Differenz zwischen dem vereinbarten Kaufpreise und dem Marktpreise am Lieferungstage am Londoner Markte zu ersetzen.

Es ist hiemit durch diesen abgeführten Sachverständigenbeweis die ziffermässige Höhe der eingeklagten Differenz nach § 196 AGO erwiesen, und hat Kläger, welcher sich laut Angabe der Sachverständigen in der Berechnung des Kaufpreises am 30. November 1887 um 4 £ 19 sh. 3 p. irrte, noch weniger eingeklagt, als er hätte einklagen können. Aber auch der weitere Widerspruch des Geklagten, dass N. nicht Bevollmächtigter der klägerischen Firma gewesen ist, und dass er als solcher den Geklagten nicht mahnte, stellt sich als nichtig dar, wenn man weiter den Inhalt beider Briefe B und C erwägt, wo es heisst: „Auf Verlangen stelle ich dem N. meine Correspondenzen zur Verfügung", ferner: „Ersuche Sie, dem N. zu schreiben, dass Sie die Angelegenheit direct mit mir austragen werden", und wenn man ferner das in der Einrede vom Geklagten abgegebene Geständniss erwägt, welches lautet: „N., welcher mit dem Kläger in Geschäftsverbindung steht, hat mich zwar interpellirt, ob ich geneigt sei, die Differenzen mit M. beizulegen, worauf ich ihm antwortete, dass ich in dieser Sache nur mit M. direct verhandle"; denn aus dem obigen Inhalte des Briefes, welcher mit dem Geständnisse des Geklagten fast wörtlich übereinstimmt, geht hervor, dass N. mit ihm wegen der Differenz verhandelte, ihn interpellirte, ob er geneigt sei, diese Differenzen mit M. beizulegen, worin wohl eine Schuldmahnung liegt. Es ist aber weiter vom Geklagten als gewöhnlich zugestanden, aber auch durch den oben citirten Sachverständigenbeweis erwiesen, dass es im Zuckerhandel häufig vorkommt, dass sich fremdländische Firmen eines Agenten zu bedienen pflegen, und dass der Kläger, falls er sich des bekannten Zuckeragenten N. zum Geschäftsabschlusse mit dem Geklagten bediente, in Gemässheit des herrschenden Handelsgebrauches gehandelt hat. Ebenso wenig stichhältig ist die Einwendung des Geklagten, dass er mit dem Ausdrucke „Differenz" gegenüber dem Kläger lediglich eine Meinungsdifferenz meinte, nicht aber eine Preis- oder Werthdifferenz, denn dieser Auffassung widerspricht die ganze zwischen beiden Theilen abgesponnene Correspondenz, wo Geklagter selbst theils des Ausdruckes „Differenz",

theils Guthaben des Klägers sich bedient, hiemit der klar hervorgehende Sinn des fraglichen Wortes; weiter ist aber durch den obencitirten Sachverständigenbeweis dargethan, dass das Wort „Differenz" nicht als Meinungsverschiedenheit, sondern als Guthaben aufzufassen ist. Aber die Anerkennung der Schuld des Geklagten geht auch weiter hervor aus den von ihm geleisteten Abschlagszahlungen und ist sein diesbezüglicher Widerspruch wirkungslos mit Rücksicht auf den Inhalt der Briefe B und C, wo in dem ersteren eine Abschlagszahlung von 20 £ versprochen, in dem letzteren die Abschlagszahlung von 8 £ 18 sh. 8 p. effectuirt und den Rest per 12 £ sobald wie möglich zu zahlen in Aussicht gestellt wird. Die weiteren Einwendungen des Geklagten, betreffend die Gewährung einer Nachfrist nach Art. 356 HGB, die Frage, ob ein Fixgeschäft vorliegt und ob nach Art. 357 HGB die „Differenz" nicht in London, sondern in Prag festzustellen war, finden in dem abgeführten Sachverständigenbeweis ihre gründliche Widerlegung und konnten hiemit nicht berücksichtigt werden. Die formelle Einwendung des Geklagten, dass die Klagsschlussbitte keinen Rechtsgrund enthält, entfällt mit Rücksicht auf die urkundlich erwiesene Anerkennung der Schuld. Endlich muss darauf hingewiesen werden, dass Geklagter in seiner Duplik zwar zugibt, er habe mit dem Kläger ein einziges, und zwar ein nicht klagbares Differenzgeschäft, keineswegs also das in der Klage erwähnte gemacht. Allein diese Einstreuung ist bedeutungslos, weil es angesichts der zugestandenen Echtheit des Schreibens ddto. Prag, den 14. Februar 1888, lit. B, dessen Inhalt gerade rücksichtlich der wichtigsten Ziffern (500 Sack à 12 sh. $4^1/_2$ p.) mit den Klagsangaben übereinstimmt, Sache des Geklagten war, dieser für den Kläger rechtserzeugenden Urkunde gegenüber seinerseits die rechtsvernichtenden Thatumstände anzuführen und zu begründen, also das „einzige" Geschäft, auf welches sich die Anerkennung des Schreibens lit. B beziehen müsste, nach Zeit, Ort und sonstigen Nebenumständen klarzustellen, um eben die Beurtheilung der Verschiedenheit des anerkannten und eingeklagten Geschäftes zu ermöglichen. Da dies aber nicht geschehen ist, muss auch die diesfällige Dupliksanführung als unerheblich übergangen werden. Es musste hiemit der Geklagte der Klagsschlussbitte gemäss zur Zahlung der eingeklagten Differenz verurtheilt werden.

Ueber Appellation des Geklagten hat die II. J. die E. I. J. abgeändert und die Klage abgewiesen.

Gründe:

Die klagende Firma fordert mit der vorliegenden Klage von dem Geklagten Ersatz wegen Nichterfüllung des ebendort näher bezeichneten Vertrages, und zwar fordert sie als Ersatz die Differenz zwischen dem Kaufpreise nach Abzug des Cassascontos (5percentige zweimonatliche

Zinsen) und nach Abzug eines weiteren 1/2 Percent und zwischen dem Marktpreise am 30. November 1887 am Londoner Platze. Hieran ändert nichts der Umstand, dass die klagende Firma behauptet, dass sie am 30. November 1887 die gleiche Quantität Rübenzucker von 500 Sack = 985 englische Centner 25 Pfund zu 14 sh. 1 1/2 p. gekauft, und dass sie diesen Kaufpreis nach Abzug des vorbezeichneten Cassascontos der Feststellung des eingeklagten Differenzbetrages zu Grunde gelegt hat, weil durch das Gutachten der Sachverständigen ausser Zweifel gestellt wurde, dass am 30. November 1887 der Tagescurs für Rübenzucker am Londoner Markte 14 sh. 1 1/2 p. per englischen Centner betragen hat. Die Ausführungen der klagenden Firma in der Replik, welchen zufolge sie sich zum Abschlusse des klagsbezeichneten Geschäftes des in Prag domicilirenden Agenten N. bedient hat, und das weitere Zugeständniss derselben, dass der Geklagte Kaufmann in Prag ist, lassen ferner nicht bezweifeln, dass das fragliche Geschäft in Prag, und zwar zwischen einer ausländischen Firma und einem österreichischen Staatsbürger zum Abschlusse gebracht wurde, weshalb dasselbe, nachdem es jedem Vertragstheile sowohl Rechte einräumt, als auch Verpflichtungen auferlegt, nach § 36 ABG ausschliesslich nach österreichischem Rechte zu beurtheilen ist. Nach österreichischem Rechte aber und speciell nach Art. 357 HGB besteht der Schadenersatz, den der Käufer einer Waare, welche einen Markt- oder Börsenpreis hat, von dem mit der Lieferung derselben in Saumsal befindlichen Verkäufer zu fordern berechtigt ist, in der Differenz zwischen dem Kaufpreise und dem Markt- und Börsenpreise zur Zeit und am Orte der geschuldeten Lieferung. Hieraus folgt für die klagende Firma, insoferne sie ihrem Ersatzanspruche den Marktpreis, wie sich derselbe am 30. November 1887 am Londoner Platze herausstellte, mit zu Grunde legte, die Verpflichtung, zu erweisen, dass in dem vorliegenden Falle London für den Geklagten als Erfüllungsort zu gelten hat. Dieses letztere würde nun aber nach Art. 324 HGB nur dann der Fall sein, wenn London als Erfüllungsort in dem bezüglichen Vertrage bestimmt worden, oder nach der Natur des Geschäftes oder der Absicht der Contrahenten als Ort der Erfüllung anzusehen wäre. Dass London vertragsmässig als Erfüllungsort bestimmt wurde, hat die klagende Firma nicht einmal behauptet, geschweige denn erwiesen; sie hat aber auch keine solchen Thatsachen geltend gemacht, welche im Falle ihrer Erweisung die Annahme rechtfertigen würden, dass nach der Natur des Geschäftes, oder nach der zum Ausdruck gebrachten Absicht der Vertragstheile London als Erfüllungsort für den Geklagten anzusehen ist. Bei Abgang dieser Voraussetzungen hatte der Geklagte nach Art. 324 und 342 HGB in Prag zu erfüllen und könnte die klagende Firma, wenn sie die Berechtigung, von dem Geklagten wegen Nichterfüllung Ersatz zu fordern, nachweisen würde, nur auf die Differenz zwischen dem Kaufpreise und dem Marktpreise, wie sich derselbe am 30. No-

vember 1887 in Prag herausstellte, Anspruch erheben. Ein Anspruch der klagenden Firma jedoch auf die eingeklagte Differenz, deren ziffermässige Feststellung unter Zugrundelegung des Londoner Marktpreises erfolgt ist, besteht nicht zu Recht. Die klagende Firma stützt allerdings den Klagsanspruch in erster Linie auf die behauptete Anerkennung desselben durch den Geklagten; allein wenn auch diese behauptete Anerkennung als erwiesen angenommen würde, so könnte derselben eine Rechtswirkung nach § 1351 ABG nicht beigemessen werden, weil aus dieser Gesetzesbestimmung gefolgert werden muss, dass, nachdem nicht zu Recht bestehende Verbindlichkeiten von Anderen weder übernommen noch auch bekräftigt werden können, dieselben auch eine Anerkennung von Seite des vermeintlichen Schuldners nicht rechtskräftig zu machen vermag, zumal ja ein anderer dieselben nur deshalb nicht übernehmen und bekräftigen kann, weil dies selbst dem vermeintlichen Schuldner nicht rechtlich möglich ist und aus dem Anerkenntnisse nur zu folgern ist, dass die vermeintliche Verbindlichkeit, so wie sie besteht, also in ihrer Ungiltigkeit anerkannt wurde. Bei diesem Stande der Sache kann an dieser Auffassung auch der, wenn selbst bewiesene Umstand, dass der Geklagte auf die Klagsforderung Abstattungen geleistet hat, nichts ändern (§§ 1431 und 1432 ABG). Die genannte Firma behauptet weiter, dass der Geklagte sich auf den Betrag von 83 £ 11 sh. 7 p. mit dem Kläger durch Vermittlung des N. als Schadenerzatz geeinigt habe und hat über diese Behauptung den Beweis durch Auftragung des referiblen Haupteides geführt. In dieser Fassung beinhaltet die gedachte Behauptung keine Thatsache und die Klagsseite hat es unterlassen, anzuführen, in welcher Weise und mit welchen Worten diese Einigung zum Ausdruck gebracht worden ist. Der aufgetragene Haupteid stellt sich, weil über eine blosse Schlussforderung aufgetragen, demzufolge als unzulässig dar. Aber auch mit der weiteren Behauptung, dass der Geklagte sich bei Abschluss dieses Geschäftes den englischen Usancen und den Regeln der Betroot Sugar Association of the United Kingdom unterworfen habe, und dass nach englischen Usancen bei nicht rechtzeitiger Lieferung der Verkäufer verpflichtet ist, dem Mitcontrahenten die Differenz zwischen dem Kaufpreise nnd dem Marktpreise des Lieferungstages am Londoner Markte zu ersetzen, vermag die Klagsseite den Klagsanspruch nicht zu stützen; denn abgesehen davon, dass dieselbe eine ausdrückliche, dahin gehende Erklärung des Geklagten bei dem Abschlusse des klagsbezeichneten Geschäftes nicht angeführt hat, und dass somit die obige ohne thatsächliche Grundlage aufgestellte Behauptung der Unterwerfung des Geklagten unter die bezeichneten Usancen und Regeln als blosse Schlussfolgerung durch den aufgetragenen Haupteid nicht erwiesen werden kann, muss auf das bereits oben Gesagte hingewiesen werden, dass das klagsbezeichnete Geschäft nach österreichischem Rechte beurtheilt werden muss. Nach Art. 1 HGB

können Handelsgebräuche überhaupt nur dann in Handelssachen zur Anwendung kommen, wenn und insoweit das Handelsgesetz keine Bestimmungen enthält; nun setzt aber das Handelsgesetz im Art. 357 ausdrücklich fest, welchen Ersatzanspruch der Käufer im Falle der Nichterfüllung seitens des Verkäufers gegen diesen letzteren zu stellen berechtigt ist und es kann sich somit die Klagsseite auf die dieser Gesetzesbestimmung widerstreitenden englischen Usancen schon aus diesem Grunde hier mit Erfolg nicht berufen. Der Klagsanspruch entbehrt sohin der rechtlichen Grundlage, weshalb derselbe abgewiesen und das U. I. J. in diesem Sinne abgeändert wurde.

Ueber die Revisionsbeschwerde der Klägerin hat der OGH das oberlandesgerichtliche Reformaturtheil bestätigt.

Gründe:

Die oberlandesgerichtlichen Entscheidungsgründe erscheinen durch die Ausführungen der Revisionsbeschwerde nicht widerlegt. Von einem Fixgeschäfte im Sinne des Art. 357 a HGB kann keine Rede sein, weil dieser Artikel, der eine Ausnahme von der allgemeinen Regel statuirt, jenes Geschäft als Fixgeschäft bezeichnet, in welchem bedungen ist, dass die Waare genau zu einer fest bestimmten Zeit oder binnen einer fest bestimmten Frist geliefert werden soll. Beides trifft jedoch im gegebenen Falle nicht zu. Auf das Gutachten der Sachverständigen, dass das fragliche Geschäft nach den Handelsusancen für ein Fixgeschäft zu halten sei, kann kein Bedacht genommen werden, weil nach Art. 1 HGB in Handelssachen die Handelsgebräuche nur insoweit in Anwendung kommen, als das HGB selbst keine Bestimmung enthält, darüber aber, was ein Fixgeschäft ist, im obcitirten Artikel 357 unzweifelhaft bestimmt ist. Schon aus diesem Grunde ist der gestellte Differenzanspruch gesetzlich nicht gerechtfertigt, und dies umsoweniger, als von der Klägerin nicht angegeben, geschweige denn erwiesen wurde, wann und bei wem sie den vorgeblichen Deckungskauf effectuirte. Auf Art. 376 HGB kann sich die Klägerin mit Erfolg nicht berufen, weil sie nicht einmal behauptet, dass sie das Gut, welches sie zu kaufen beauftragt war, als Käufer für sich behalten habe. Aus Art. 356 HGB aber kann Klägerin keine Rechte ableiten, weil sie es unterlassen hat, dem Geklagten eine nach der Natur des Geschäftes zulässige oder eine den Umständen angemessene Frist zur Nachholung des Versäumten zu gewähren. Ebenso wenig können aber die übrigen von der Klägerin angebotenen Beweise eine Berücksichtigung finden, denn: 1. in Betreff der behaupteten Anerkennung ist zu bemerken, dass der Brief der Geklagten vom 14. Februar 1888 (lit. B) sich nicht auf die Differenznote vom 30. November 1887 (lit. A), sondern auf einen im Processe zu einer näheren Erörterung nicht gelangten Brief der Klägerin vom 10. Februar 1888 bezieht, und dass im Briefe B die Höhe des vom

Geklagten anerkannten Differenzguthabens der Klägerin nicht enthalten ist. 2. Wenn in der Replik hervorgehoben und unter Auftragung des referiblen Haupteides unter Beweis gestellt wird, dass sich der Geklagte ausdrücklich mit dem von der Klägerin vorgenommenen Deckungskaufe einverstanden erklärt hat, so ist diesem Einwande entgegenzuhalten, dass diese Behauptung nur eine Schlussfolgerung ist, die kein Substrat eines Eides zu bilden geeignet ist. Es hätte sich vielmehr empfohlen, die Thatsachen anzuführen, aus welchen obige Schlussfolgerung sich ergibt; dieses hat jedoch die Klägerin unterlassen. 3. Auch der unter Beweis gestellte Umstand, dass der Geklagte sich den Regeln der Betroot Sugar Association of the United Kingdom unterworfen habe, vermag den Klagsanspruch nicht zu begründen, weil nach dem Gutachten der Sachverständigen zufolge der Regeln dieser Association, wenn der Verkäufer mit der Lieferung im Verzuge ist, der Käufer das Recht hat, die Differenz zwischen dem Kaufs- und Verkaufspreise von dem Säumigen zu verlangen, diese Differenz aber von den Schiedsrichtern bestimmt wird, denen sich nach englischen Usancen die Parteien zu unterwerfen haben. Eine solche schiedsrichterliche Differenzbestimmung hat die Klägerin nicht dargethan, und da, wie schon das Obergericht zutreffend auseinandersetzt, die Klägerin nur auf jene Differenz reflectiren könnte, wie sich dieselbe am 30. November 1887 in Prag als dem Erfüllungsorte herausstellte, ein Beweis über die Höhe dieser Differenz aber nicht vorliegt, musste das gesetzlich begründete Reformaturtheil der II. J. bestätigt werden.

2686.

Ist das Heiratsgut auf Grund von Ehepacten übergeben worden, die nicht notariell errichtet wurden, so ist für den Fall der Ehescheidung aus beiderseitigem Verschulden die Rückforderung seitens des Bestellers ausgeschlossen.

E. v. 29. März 1892, Z. 3611. — (NZ 23 ex 92, Seite 157.)

Marie G., deren Ehe mit Franz G. aus beiderseitigem Verschulden geschieden worden war, begehrte von dem Letzteren auf Grund des § 1264 ABG die Zahlung von 350 fl., dann die Rückstellung einer rothscheckigen Kuh und verschiedener speciell angeführter Zimmer- und Küchengeräthe, restringirte, rücksichtlich änderte jedoch ihr Begehren mit dem Klagsnachtrage de praes. 15. October 1890, Z. 9553, auf Zahlung von 446 fl.

Die I. J. hat dieses Begehren abgewiesen aus nachstehenden

Gründen:

Es wird vom Geklagten nicht bestritten, dass seine Ehe mit der Klägerin aus beiderseitigem Verschulden geschieden wurde. Der § 1264 ABG bestimmt für diesen Fall, dass jeder Ehegatte verlangen kann, dass

die Ehepacten für aufgehoben erklärt werden, in welchem Falle allerdings die Wiederherstellung des beiderseitigen Alleineigenthums und zu diesem Behufe die Rückstellung des auf Grund der Ehepacten dem anderen Ehegatten Uebergebenen zu erfolgen hätte. Klägerin stützt sich jedoch mit Unrecht im vorliegenden Falle auf diese Gesetzesstelle; denn 1. sie vermag gar nicht zu behaupten, dass Ehepacte, zu deren Giltigkeit die Aufnahme eines Notariatsactes nothwendig gewesen wäre, errichtet worden sind; 2. ist ohne notarielle Errichtungsform, rücksichtlich ohne Ehepacte die Bestellung eines Heiratsgutes gar nicht möglich; 3. selbst wenn ein Heiratsgut bestellt worden wäre, so könnte es überhaupt erst nach dem Tode des Geklagten gemäss § 1229 ABG zurückgefordert werden; 4. selbst vom Standpunkte des § 1264 ABG könnte nur verlangt werden, dass bezüglich des Heiratsgutes jener Zustand hergestellt werde, welcher vor Bestellung des Heiratsgutes bestanden hat, denn darin läge eben die Ausführung der Aufhebung der Ehepacten; soll aber dieser frühere Zustand wieder hergestellt werden, so müsste die Rückstellung des Heiratsgutes an jene Person erfolgen, welche es bestellt hat, aus welchem Grunde es ganz richtig ist, dass nach den eigenen Angaben der Klägerin derselben die active Klagslegitimation fehlt.

Ueber Appellation der Klägerin hat die II. J. die E. I. J. abgeändert und erkannt: Der Geklagte ist schuldig, der Klägerin 1. den Betrag von 350 fl. zu ersetzen; 2. den weiteren Betrag von 86 fl. jedoch nur dann, wenn Klägerin den Schätzungseid ablegt: „dass sie den Werth der rothscheckigen Kuh, welche sie in die Ehe mitgebracht hat, auf 136 fl. gewissenhaft schätze“. Es steht der Klägerin frei, auch einen minderen Werth dieser Kuh zu beschwören, wornach Geklagter auch nur schuldig sein wird, statt 86 fl. ihr jenen Betrag zu bezahlen, um welchen der beschworene Werth der Kuh 50 fl. übersteigen wird; 3. mit dem Mehrbegehren von 10 fl. wird die Klägerin unbedingt abgewiesen.

Gründe:

Durch die Erklärungen beider Theile ist festgestellt, dass von ihnen Ehepacte nicht errichtet wurden. In der Einrede und Duplik gibt Geklagter an, dass ihm ein Heiratsgut und zwar von 900 fl., nicht blos 700 fl., wie Klägerin behauptet, zugesichert worden sei, und dass er von den Eltern der Klägerin 350 fl. erhalten habe, welche von dem Betrage des Heiratsgutes in Abzug gebracht werden sollten. Da das Heiratsgut nicht auf einmal übergeben werden muss, ist es also durch das eigene Geständniss des Geklagten (§ 107 AGO) erwiesen, dass er einen Theil des ihm in Geld zugesicherten Heiratsgutes empfangen habe. In der Einrede gesteht Geklagter auch zu, von den Eltern der Klägerin die Kuh erhalten zu haben. Nach den §§ 1218 und 1227 ABG bildet auch diese einen Theil des dem Geklagten übergebenen Heiratsgutes. Nach § 1227 wurde der Betrag von

350 fl. Eigenthum des Geklagten, während nach § 1228 ABG Klägerin als Eigenthümerin und Geklagter nur als Nutzniesser der Kuh anzusehen ist. Gemäss § 1229 ABG fällt das Heiratsgut nach dem Tode des Gatten der Gattin zu, wenn sie nicht ausdrücklich davon ausgeschlossen worden ist. Nach § 1264 ib. kann im Falle einer aus beiderseitigem Verschulden erfolgten gerichtlichen Scheidung jeder Theil verlangen, dass die Ehepacten aufgehoben werden, und das Gericht muss, falls ein Vergleich darüber nicht zu Stande kommt, auf deren Aufhebung erkennen. In solchem Falle ist der Gattin das von ihr oder ihren Eltern bestellte Heiratsgut zurückzugeben. Daraus ergibt sich, dass die Gattin auch dann, wenn keine Ehepacte errichtet worden sind, im Falle einer Scheidung aus beiderseitigem Verschulden die Rückstellung ihres Heiratsgutes fordern kann. Klägerin ist also, da sie eigenberechtigt ist, zur vorliegenden Klage nach dem Gesetze berechtigt, und war Geklagter zur Rückstellung des Heiratsgutsbetrages per 350 fl. unbedingt und zur Zahlung des noch ausstehenden Werthbetrages für die Kuh nach dem Ergebnisse des Beweises über deren Werth zu verurtheilen. Klägerin bewerthet dieselbe auf 136 fl. und fordert, da sie von dem dafür erzielten Kaufpreise nur 40 fl. erhalten hätte, noch 96 fl. In der Replik muss sie aber zugeben, dass sie von dem Kaufpreise der Kuh 50 fl., wie der Geklagte es behauptet, erhalten habe, meint jedoch, dass der Betrag von 10 fl. dem Geklagten nicht zuzurechnen sei, weil sie davon die Begräbnisskosten ihres Kindes bestritten hätte, die demselben zur Last fallen. Erwiesen ist somit nach § 107 AGO, dass sie von dem Kaufschilling für die Kuh 50 fl. bereits erhalten habe, sie hat daher nur noch 86 fl. für selbe zu fordern. Ob ihr der Geklagte die angeblich für das Begräbniss ihres Kindes ausgelegten 10 fl. zu ersetzen habe, das ist in diesem Streite, in welchem es sich nur um die Rückforderung ihres Heiratsgutes handelt, nicht zu entscheiden. Klägerin hat zum Beweise des bestrittenen Werthes der Kuh per 136 fl. den Beweis darüber angeboten, dass ihr Vater dieselbe um 160 fl. angekauft hatte. Dies mag richtig sein, beweist jedoch nicht, dass die Kuh, als sie der Geklagte übernommen, 136 fl. werth gewesen sei. Gemäss § 35 des Hofd. vom 27. October 1845, JGS Nr. 906, und §§ 214 und 217 AGO wurde daher auf den Schätzungseid der Klägerin über den Werth der Kuh erkannt.

Ueber die Revisionsbeschwerde des Geklagten hat der OGH die E. II. J. zu bestätigen befunden.

Gründe:

Das OLG hat richtig begründet, dass der Geklagte den Betrag von 350 fl. und die in Rede stehende Kuh als Heiratsgut erhalten hat. Als solches wurde dasselbe nun allerdings auf Grund von Ehepacten übergeben, weil Gegenstand der letzteren nach der Bestimmung des § 1217 ABG auch die Zuwendung des Heiratsgutes ist. Dass bezüglich desselben

nicht ein Notariatsact errichtet wurde, ist aber hier belanglos, weil die Uebergabe bereits erfolgt ist, daher die Rückforderung seitens des Bestellers wegen Mangels der Voraussetzungen des § 1 des Ges. vom 25. Juli 1871, RGB Nr. 70, nach § 1432 ABG ausgeschlossen ist. Es kommt daher die rechtsgiltig erfolgte Uebergabe des Heiratsgutes der Beurtheilung des klägerischen Anspruches zu Grunde zu legen. Dass die Klägerin zur Klage legitimirt ist, ergibt sich daraus, dass die aus der Bestellung des Heiratsgutes sich ergebenden Rechte bei dem Mangel einer bezüglichen einschränkenden Erklärung des Bestellers der Klägerin zukommen (§§ 1218 und 1229 ABG).

2687.

Bei Abgang einer Vereinbarung über die Entschädigung von zu Fortificationsbauten enteigneten Gründen kann die Abschätzung auch im ausserstreitigen Verfahren erfolgen.

E. v. 29. März 1892, Z. 3627. — (Práv. XXVI ex 92, Seite 204.)

I. LG Krakau.
II. OLG Krakau.

Ueber das Ansuchen des A um gerichtliche Abschätzung der seitens der Enteignungs-Commission behufs Fortificationsbauten enteigneten Parcellen seines Gutsbesitzes X — hat die I. J. in vorläufiger E. desselben eine Tagfahrt zur Vernehmung der Parteien über die beizuziehenden Sachverständigen angeordnet, aus folgenden, den Sachverhalt einschliessenden

Gründen:

Die Statthalterei zu Lemberg hat mittelst Erlasses vom 4. Februar 1889 entschieden, dass die Festsetzung der Höhe der Entschädigung für die enteigneten Gründe dem Gerichte gebührt, weshalb die Enteignungs-Commission für Fortificationsbauten zu Krakau den A dahin verständigte, es sei seine Sache, im gerichtlichen Wege um die Feststellung der Ziffer der Entschädigung für jene Gründe anzusuchen. Hiernach braucht A keinesfalls erst einen Process wider das Militärärar wegen Feststellung dieser Entschädigung anzustrengen, sondern es steht ihm das Recht zu, die gerichtliche Abschätzung der enteigneten Gründe in Gemässheit der Hofd. vom 11. October 1821 JGS Nr. 49, dann vom 25. November 1844 und und vom 23. December 1820 anzusuchen, kraft deren bei Abgang einer gütlichen Einigung der Parteien zur gerichtlichen Abschätzung der enteigneten Grundstücke zu schreiten ist. Dieser Auffassung steht die MV vom 21. April 1857, RGB Nr. 82, nicht im Wege, weil laut § 3 ibid. nur jene Parteien auf den ordentlichen Rechtsweg gewiesen werden, welche sich mit dem im administrativen Wege ermittelten Ersatze nicht zufriedenstellen — im vorliegenden Falle jedoch die politischen Behörden eine Entschädigung für die enteigneten Gründe gar nicht festsetzen, vielmehr

die Statthalterei mit dem obberufenen rechtskräftigen Decrete über Recurs des A jenen Absatz des Erkenntnisses der Enteignungs-Commission behob, laut dessen dieselbe eine Entschädigung für die enteigneten Gründe zuerkannte.

Ueber Recurs des Militärärars, worin die Nothwendigkeit der Verweisung des A auf den ordentlichen Rechtsweg behauptet wurde, bestätigte die II. J. die angefochtene E.; allerdings kommt im Sinne des Hofd. vom 23. December 1820, JGS Nr. 118, die Ermittlung der Entschädigung bei Mangel einer gütlichen Einigung der Parteien den Gerichten zu und die Statthalterei hat mit obigem Decrete auch in diesem Sinne erkannt. Da aber weder das cit. Hofd., noch die weiteren vom 27. September 1893, vom 23. December 1820 und 11. October 1821, vom 25. November 1844 und vom 19. Juli 1887 eigene Bestimmungen über das Verfahren bei der bezüglichen gerichtlichen Abschätzung enthalten, wohl aber die offenbare Tendenz verfolgen, dass der Eigenthümer baldmöglichst die ihm gebührende Entschädigung erlange und da ferner auch entsprechend dieser Tendenz, wie sie im § 3 der MV vom 21. April 1857, RGB Nr. 82, zu Tage tritt, die Betretung des Processweges nur dann geboten erscheint, wenn der eine oder andere Betheiligte mit dem seitens der Verwaltungsbehörden festgesetzten Ersatze sich nicht zufriedenstellt, was im vorliegenden Falle nicht eintritt, so ist aus diesen Gründen die analoge Anwendung des Ges. vom 18. Februar 1878, RGB Nr. 30, und demgemäss auch das nichtstreitige Verfahren hier nicht ausgeschlossen.

Der OGH verwarf den a. o. Revisionsrecurs des Militärärars wegen Abgangs der Erfordernisse des Hofd. vom 15. Februar 1833, Z. 2593.

2688.

Wird eine Nachlassrealität zwar nach Beendigung der Verlassenschaftsabhandlung, jedoch vor der Einantwortung des Nachlasses executiv veräussert, so steht den Nachlassgebühren die vorzugsweise Rangordnung des § 72 GBG nicht zu.

E. v. 29. März 1892, Z. 3732. — (GZ 32 ex 92, Seite 255.)

Zur Vertheilung des Meistbotes der im Executionswege veräusserten, in die Verlassenschaft des A gehörigen Realitätenhälfte Nr. 23 in X meldete das Steueramt die Gebühr aus dem Nachlasse des A per 75·44 fl. in vorzugsweiser Rangordnung an.

Die I. J. hat dieser Gebühr die angesuchte Rangordnung nicht zugewiesen, weil die Abhandlung der Verlassenschaft des A zwar vor der executiven Feilbietung beendet, die Einantwortungsurkunde jedoch wegen nicht erfolgter Berichtigung der Nachlassgebühr nicht hinausgegeben wurde.

Das OLG bestätigte diesen B. und der OGH hat dem a. o. Revisionsrecurse der Finanzprocuratur namens des Gebührenärars nach dem Hofd.

vom 15. Februar 1833, JGS Nr. 2593, nicht Folge zu geben befunden, weil erst durch die Einantwortung der Verlassenschaft die Vermögensübertragung vom Erblasser an den Erben bewirkt wird, die — wenngleich abgeschlossene — Abhandlung einer Verlassenschaft der Einantwortung derselben nicht gleichgestellt ist, die oben erwähnte Realität noch vor der Einantwortung des Nachlasses nach A im Executionswege veräussert wurde, daher die gleichförmigen E. der beiden unteren Instanzen nach § 5 der kais. Verord. vom 19. März 1853, RGB Nr. 53, gerechtfertigt erscheinen.

2689.

Wenn die vertragsmässige und die gesetzliche Kündigungsfrist sich decken, so hat der Avisat die Vereinbarung einer von ihm behaupteten längeren Kündigungsfrist zu beweisen.

E. v. 29. März 1892, Z. 3902. — (GH 40 ex 92, Seite 338.)

A kündigte dem B den Bestand eines Zimmers vierzehntägig auf und gab in seinem Kündigungsgesuche an, mit dem B eine vierzehntägige Kündigungsfrist vereinbart zu haben. Im Laufe des Processes verliess jedoch A den Standpunkt der vertragsmässigen vierzehntägigen Kündigung und machte mit Rücksicht darauf, dass der Bestandvertrag die Dauer eines Jahres nicht erreichte, gemäss § 1 der MV vom 3. October 1853, RGB Nr. 193, die gesetzliche vierzehntägige Kündigungsfrist geltend und bot deshalb über die Vereinbarung einer Kündigungsfrist keine Beweise an.

Die I. J. hat den Einwendungen stattgegeben und den A mit seiner Kündigung abgewiesen.

Gründe:

Wenn A die Vereinbarung einer vierzehntägigen Kündigungsfrist behauptet, so liegt ihm ob, dies zu beweisen; denn die Einwendungen sind wohl als Klage zu betrachten, mit welcher der Process beginnt und hienach müsste B beweisen, welche Kündigungsfrist vereinbart wurde, allein die Einwendungen sind keine gewöhnliche Klage, sondern eine Klage besonderer Art, analog der Aufforderungsklage und des § 66 AGO, die Kündigung erscheint als Aufforderung und es obliegt daher Demjenigen, der kündigt, die Kündigungsfrist zu beweisen; da der A dies nicht gethan hat, so war den Einwendungen stattzugeben.

Ueber Appellation des A hob die II. J. die E. I. J. auf, weil es feststeht, dass eine Kündigungsfrist nicht vereinbart wurde, und deshalb der Geklagte gemäss § 2 lit c der kais. Verord. vom 16. November 1858, RGB Nr. 213 und § 1116 ABG nicht berechtigt ist, den Bestand vierzehntägig zu kündigen, ausser es könnte der Kläger den ihm gemäss § 104 AGO obliegenden Beweis darüber führen, dass eine längere, von ihm auch behauptete vierteljährige Kündigungsfrist bedungen wurde.

Hieraus folgt, dass es für die E. ganz gleichgiltig ist, ob die Parteien, die ihnen gesetzlich ohnehin vorbehaltene vierzehntägige Kündigungsfrist noch ausserdem ausdrücklich stipulirt haben.

Die ordentliche Revisionsbeschwerde des Avisaten wurde vom OGH zurückgewiesen und die E. des OLG aus deren dem Gesetze und der Actenlage entsprechenden Gründen bestätigt.

2690.

Die Anfechtungsklage wider die uneheliche Mutter und den unehelichen Stiefvater der Schuldnerin, welche durch Pfandbestellung für eine richtige Forderung dieser ihrer Eltern einen Gläubiger benachtheiligt hat, ist zulässig.

E. v. 30. März 1892, Z. 3284. — (GZ 8 ex 92, Seite 60.)

I. BG Mondsee.

II. OLG Wien.

Von dem späteren Anfechtungskläger A wurden mit notariellem Kaufvertrage vom 11. November 1888 das Saxergut sammt Hausgründen mit Inbegriff des fundus instructus um 2300 fl., die vorhandenen Mobilien um 600 fl. und ein Ueberländgrundstück um 100 fl., alles zusammen daher um den Kaufpreis von 3000 fl. an Anna P. verkauft, der Empfang eines Kaufschillingstheilbetrages von 2100 fl. bestätigt und bezüglich der Kaufschillingsrestforderung des A stipulirt, dass dieser Betrag von der Käuferin Anna P. nach beiderseits freistehender einvierteljähriger Aufkündigung berichtigt, inzwischen mit 3 Percent verzinst und im Falle des Weiterverkaufes der Realität sogleich ohne Aufkündigung bei dem Verkäufer A erlegt, vorläufig aber nicht sichergestellt werde. Am 29. Jänner 1889 hat A der Anna P. den Kaufschillingsrest von 900 fl. vierteljährig gekündigt. Die Kündigungsfrist lief mit Rücksicht auf die am 14. Februar 1889 erfolgte Kündigungszustellung am 14. Mai 1889 ab. In dem Schuldscheine vom 11. April 1889 verpflichtete sich Anna P., den aus früheren und dann beim Saxergutsankaufe von ihren „Eltern“ Josef und Notburga B. gewährten Darlehen per 2100 fl. herrührenden Schuldbetrag von 2500 fl. gegen halbjährige Aufkündigung zurückzubezahlen und mit 3 Percent zu verzinsen. In diesem Schuldscheine bewilligte ferner Anna P. zu Gunsten der Gläubiger Josef und Notburga B. die Pfandrechtseinverleibung für deren Darlehensforderung per 2500 fl. sammt Zinsen, welche Pfandrechtseinverleibung in Folge gerichtlichen B. vom 13. April 1887 auf dem Saxergute vollzogen wurde. — Anna P. ist die uneheliche Tochter der Notburga B. Mit U. vom 4. Juni 1889 wurde Anna P. auf Klage des A zur Bezahlung des oberwähnten Kaufschillingsrestbetrages von 900 fl. sammt Nebengebühren verurtheilt. Am 24. August 1889 wurde das Haus Nr. 2/3 zu X, welches auf 1430 fl. executiv geschätzt wurde, um den

Meistbot von 2055 fl. von D executiv erstanden. Bei der Meistbotvertheilungstagsatzung vom 30. September 1889 wurden aus dem Meistbote von 2055 fl. Vorzugsposten von 6·01 fl., dann an Tabularposten zuerst die Satzforderung der Eheleute Josef und Notburga B. per 2500 fl. sammt 3 Percent Zinsen vom 11. April 1889 bis 24. August 1889, ferner die Satzforderung des A (späteren Anfechtungsklägers) per 900 fl. sammt 3 Percent Zinsen vom 11. November 1888 bis 24. August 1889 per 21·22 fl., dann Gerichtskosten und Executionskosten angemeldet, die Meistbotvertheilung selbst wurde mit Rücksicht auf die Anfechtung der Rechtswirksamkeit der Satzforderung der Eheleute B. sistirt. A begehrte nun unter Berufung auf § 30 Abs. 4 des Ges. vom 16. März 1883 die Rechtsunwirksamerklärung der Satzforderung der Eheleute B.

Die I. J. hat dem Anfechtungsklagebegehren stattgegeben und die Geklagten zum Ersatze der klägerischen Processkosten verurtheilt.

Gründe:

Der Kläger stützt seine rechtzeitig eingebrachte Anfechtungsklage auf §§ 29 und 30 Abs. 4, dann § 32 des AG, wonach entgeltliche Verträge des Schuldners, hier der Anna P., mit nahen Angehörigen, soferne durch den Vertragsabschluss die Gläubiger des Schuldners benachtheiligt werden und der andere Theil nicht beweist, dass ihm zur Zeit des Vertragsabschlusses eine Absicht des Schuldners, die Gläubiger zu benachtheiligen, nicht bekannt war, angefochten werden können. Vorerst kommt die Frage zur Beantwortung, ob die Geklagten „nahe Angehörige“ der Anna P. sind. Die Anna P. ist die aussereheliche Tochter der Mitgeklagten Notburga B., sie steht mit dieser im engsten Verwandtschaftsverhältnisse, im ersten Grade der Verwandtschaft. Der Erstgeklagte ist der Gatte der Mitgeklagten. Nach § 40 ABG ist die Verbindung, welche zwischen einem Ehegatten und den Verwandten des anderen Ehegatten entsteht, die „Schwägerschaft“. Anna P. ist im ersten Grade mit Notburga B. verwandt, daher mit Josef B. in demselben Grade verschwägert (§ 41 ABG). Im § 40 ABG wird kein Unterschied zwischen ehelichen und unehelichen Kindern gemacht, denn es heisst: „Unter Familie werden die Stammeltern mit ihren Nachkommen verstanden“. Als solche gehören sie in jene Familie, zu welcher die Mutter gehört. Die §§ 65 und 66 ABG behandeln die Ehehindernisse der Verwandtschaft, wobei die Verwandtschaft aus unehelicher Geburt ausdrücklich anerkannt wird. Wenngleich die unehelichen Kinder nach § 165 ABG von den Rechten der Familie und der Verwandtschaft ausgeschlossen sind, so ist damit nicht gesagt, dass hiedurch das Verwandtschaftsverhältniss aufgehoben ist, wie denn der darauffolgende § 166 ABG von den Pflichten der Eltern zu dem unehelichen Kinde spricht. Aber nicht blos im ABG, sondern auch im StG ist das Verwandtschaftsverhältniss der unehelichen Kinder anerkannt, wie z. B. im § 131 StG und im § 150 StPO;

ausserdem wird aber von den Geklagten das von dem Erstgeklagten bestrittene Verwandtschaftsverhältniss zufolge Schuldscheines vom 11. April 1889 (Beilage Nr. 3) stillschweigend zugestanden, da die Anna P. ausdrücklich erklärt, „meine Eltern“ und wiederholt im Schuldscheine „von den Eltern“, d. i. von den nun Geklagten spricht, und weil jene Schuldurkunde über Einverständniss der Geklagten zu Stande gekommen ist. Aber auch der Zeuge Notar Dr. N, bei welchem die Urkunde über den Hauskauf errichtet wurde, gibt ausdrücklich an, dass ihm Josef B. als Vater der Anna P. vorgestellt wurde. Es ist daher die klägerische Behauptung, dass Anna P. eine „nahe Angehörige“ der Geklagten im Sinne des § 30 Z. 4 des AG sei, begründet. Ein weiterer Umstand, welcher nach § 30 Z. 4 des AG in Betracht kommt, ist der, dass durch den Vertragsabschluss die Gläubiger des Schuldners benachtheiligt werden. Die laut Protocolles vom 13. Juli 1889 (Beilage G) gegen Anna P. vorgenommene Mobilarexecution zeigt, dass keine Fahrnisse vorhanden waren, jene Execution mithin fruchtlos war (§ 32 AG). Der Gläubiger A fand sich daher bemüssigt zur Realexecution gegen Anna P. Auf der Realität Nr. 2/3 zu X hafteten nur primo loco das Capital per 2500 fl. der Geklagten Josef und Notburga B. und secundo loco die Forderung per 900 fl. des Klägers A; laut Liquidirungsprotocolles vom 30. September 1889 (Beilage A) wurden zum erzielten Feilbietungserlöse per 2055 fl. ausser den Vorzugsposten per 6·01 fl. jene beiden Forderungen per 2500 fl. und 900 fl. angemeldet. Das Meistbotvertheilungserkenntniss liegt allerdings nicht vor, allein weil keine anderen Einwendungen gegen den Rechtsbestand der von den Geklagten angemeldeten Forderung per 2500 fl. geltend gemacht wurden, so ist auch anzunehmen, dass die angemeldeten Forderungen nach der ihnen zukommenden Rangordnung auf den Meistbot gewiesen werden, dass daher die Forderung des Klägers A, weil der Meistbot durch die vorstehende Satzpost per 2500 fl. vollkommen erschöpft ist, nicht zum Zuge, sondern zu Verlust kommt. Die dritte Bedingung des § 30 Z. 4 des AG ist, dass der „andere Theil“, hier die Geklagten, nicht beweist, dass ihm zur Zeit des Vertragsabschlusses eine Absicht des Schuldners, hier der Anna P., die Gläubiger zu benachtheiligen, nicht bekannt war. Die Geklagten stellen in Abrede, dass ihnen eine derartige Absicht der Anna P. bekannt war und versuchen den ihnen obliegenden Beweis, dass die Anna P. keine Schädigungsabsicht hatte, dadurch zu erbringen, dass sie den ganzen Geldverkehr, welchen sie seit Jahren mit Anna P. hatten, auseinandersetzen und darthun, dass sie verschiedene Geldbeträge der Anna P. bei verschiedenen Anlässen gegeben haben. Im Schuldscheine vom 11. April 1889 erklärt Anna P. selbst ausdrücklich, dass ihr ihre Eltern zur Zeit als sie (P.) noch Mitbesitzerin des überschuldeten Potzleitnergutes war, zu wiederholten Malen mit Geld ausgeholfen und ihr zum Ankaufe des Saxergutes den Theilkaufschilling von 2100 fl. geliehen haben. Durch die

früheren und dieses Darlehen sammt Zinsen wurde Anna P. ihren Eltern einen Gesammtbetrag von 2500 fl. schuldig. — Es handelt sich also hier um einen entgeltlichen Vertrag, welcher eben erst durch die Sicherstellung auf dem Saxergute gegen den Kläger A zum Ausdrucke und zur Wirkung gelangte, denn so lange die Geklagten nur Personalgläubiger der Anna P. sind, wird der Kläger A in seinen Vermögensinteressen nicht berührt, aber dadurch, dass die Geklagten mit der Sicherstellung ihrer Forderung dem A zuvorkamen, tritt dessen Vermögensschädigung ein, denn durch jene Sicherstellung der Forderung der beiden Geklagten wurde dem Gläubiger A das einzige Object, aus welchem er seine Befriedigung erlangen konnte, entzogen. Dass Anna P. dies wusste, dass sie gerade diese Absicht hatte, geht aus der ganzen Sachlage hervor. Insbesondere spricht hiefür das Strafurtheil des LG Salzburg vom 31. März 1890, Z. 1037 (Beilage K), wodurch Anna P. wegen Verschleppung von Vermögensstücken, als die Execution von Seite des A gegen sie schon im Zuge war, daher wegen des Vergehens nach § 1 des Ges. vom 25. Mai 1883, RGB Nr. 78, verurtheilt wurde. Die Geklagten, welche nach ihren eigenen Angaben die Vermögensverhältnisse der Anna P. seit Jahren genau kannten, mussten wissen, dass durch die Pfandbestellung des Saxergutes für ihre Forderung der Kläger A benachtheiligt werde. Aus der Aussage des Zeugen Notars Dr. N ist zu entnehmen, dass sich der Kläger A beim Abschlusse des Gutsverkaufsvertrages ängstlich benahm und nur über die Versicherung der Anna P. und des Josef B., dass er (A) keine Angst haben dürfe, sie zahle ihn schon, aber in das Grundbuch dürfe er, A, nicht hinein, sich herbeiliess, den restlichen Kaufschilling per 900 fl. nicht grundbücherlich sicherzustellen. — Diese Angaben in Verbindung mit den Aussagen der beiden Zeugen T und D, welche angeben, dass sich Josef B. zum Kläger A damals, als sie wegen der Meistbotsliquidirung des Saxergutes beim BG waren, dahin äusserte, dass er es gewusst habe, dass die P dem A 900 fl. schuldet, aber weil A das Haus zu theuer hergegeben habe, sei er nicht zu bezahlen — lassen wohl keinen anderen Schluss zu, als dass die Anna P. und die Geklagten schon bei dem Vertragsabschlusse die Absicht hatten, den Kläger A um den Betrag von 900 fl. durch die nachträgliche Intabulation ihrer Forderung zu schädigen. Was die Einwendung der Mitgeklagten Notburga B. betrifft, dass sie selbst bei dem Vertragsabschlusse nicht zugegen war und von dem Allen nichts wisse, so ist durch die Aussage der Anna P. zur Genüge dargethan, dass dieselbe von Allem, was den Vertragsabschluss über das Saxergut und die nachträgliche Intabulation ihrer Forderung auf diesem Gute betrifft, unterrichtet war und dass alle diese Schritte in ihrem Einverständnisse gemacht wurden. Bei der Würdigung der vorgebrachten Beweise kommt § 48 des AG in Betracht.

Das OLG hat über Appellation der beiden Geklagten das erstrichterliche U. bestätigt.

Gründe:

Die Appellationsbeschwerde der beiden Geklagten macht geltend: 1. Die Contrahenten Josef und Notburga B. seien keine „näheren Angehörigen“ der Anna P. im Sinne des § 30 Z. 4 des AG, weil Anna P. ein uneheliches Kind der Notburga B. sei. Wie aber schon der erste Richter richtig ausführte (und auch in den Commentaren Steinbach S. 41, Menzel S. 161 und Gertscher S. 152 zu lesen ist) ist unter Verwandtschaft und Schwägerschaft im Sinne des § 30 Z. 4 des AG auch die Verwandtschaft und Schwägerschaft durch aussereheliche Abstammung zu verstehen, weil § 165 ABG nur besagt, dass die unehelichen Kinder aus den Rechten der Verwandtschaft ausgeschlossen seien, während § 65 ABG bei Feststellung des Ehehindernisses der Verwandtschaft ausdrücklich beifügt: „es mag die Verwandtschaft aus ehelicher oder unehelicher Geburt entstehen“ und weil nach § 66 ABG zwischen dem einen Ehegatten und den unehelichen Verwandten des Anderen das Schwägerschaftsverhältniss besteht. Hiezu kommt, dass die ratio legis der Gesetzesnorm des § 30 Z. 4 des AG sicher auch bei durch uneheliche Geburt Verbundenen zutrifft. 2. Die Appellationsbeschwerde der verurtheilten Geklagten macht weiters geltend, es handle sich im vorliegenden Falle um keinen entgeltlichen Vertrag im Sinne des § 30 Z. 4 des AG. Denn die blosse Sicherstellung einer schon früher bestandenen Forderung sei kein entgeltlicher Vertrag. Aber im vorliegenden Falle wurde durch den angeführten Schuldschein der Anna P., ddto. 11. April 1889, erst eine halbjährig kündbare, daher noch nicht fällige Schuldforderung per 2500 fl. constatirt, und für diese noch nicht fällige Forderung unter Einem die Pfandrechtseinverleibung bewilligt, es erfolgte also am 11. April 1889 nicht blos eine Pfandbestellung allein, und auch nicht eine Pfandbestellung für eine schon fällige Forderung. Aber auch abgesehen hievon, fällt auf den Umstand, ob der angefochtene Rechtsact ein entgeltlicher oder ein unentgeltlicher sei, deshalb weniger Gewicht, weil ja nach § 30 Z. 1 des AG auch unentgeltliche Verfügungen des Schuldners und aus entgeltlichen und unentgeltlichen Rechtsacten vermischte Verträge anfechtbar sind, und weil auch die blosse, dem dritten Gläubiger nachtheilige Pfandbestellung Gegenstand der Anfechtung sein kann. 3. Die appellirenden Geklagten beschweren sich weiters, dass die von ihnen im vorliegenden Processe über die Entstehung ihrer Darlehensforderung an Anna P. angebotenen Zeugenbeweise nicht zugelassen wurden, denn aus der correcten Entstehung ihrer Forderung ergab sich evident die bona fides der Schuldnerin Anna P. bei der nun angefochtenen Pfandbestellung; sie beschweren sich ferner, dass vom ersten Richter die Absicht der Anna P., den Kläger A zu benachtheiligen, und dass bei den beiden Geklagten ein Mitwissen (conscientia fraudis) auf Grund des vorliegenden Beweismaterials angenommen wurde. Wenn aber berücksichtigt wird, dass auch die Pfandbestellung für eine richtige Forderung, wenn sie einen Gläubiger bewusst

begünstigt und den anderen Gläubiger bewusst benachtheiligt, anfechtbar erscheint, ferner dass im vorliegenden Falle dieses Wissen der Anna P. und dieses Mitwissen der beiden Geklagten sich aus dem patenten Sachverhalte selbst und den vorliegenden Zeugenaussagen, sowie aus dem Geständnisse des Erstgeklagten, dass er das Grundbuch für seine eigene Forderung freihalten wollte, ergibt, so erscheint die erfolgte Benachtheiligung des Anfechtungsklägers erwiesen, und erscheinen die von den Geklagten über die Entstehung ihrer Forderung von der Anna P. eingeleiteten Zeugenbeweise deshalb irrelevant, weil diese Beweise durch den nach § 30 Z. 4 des AG den Anfechtungsgeklagten obliegenden Beweis, dass ihnen zur Zeit der Ausstelluug des Schuldscheines vom 11. April 1889 eine Absicht der Schuldnerin Anna P., den Gläubiger A zu benachtheiligen, nicht bekannt war, zu erbringen nicht geeignet erscheinen. 4. Die Appellanten vermeinen weiters, die von A eingebrachte Anfechtungsklage sei verfrüht, weil noch kein Meistbotvertheilungserkenntniss erflossen sei, weil daher noch nicht nachgewiesen sei, dass der Anfechtungskläger aus dem Executionsobjecte seine Befriedigung nicht finden konnte. Nach § 32 des AG steht aber das Anfechtungsrecht dem Gläubiger zu, auch wenn nur anzunehmen ist, dass die Execution in das Vermögen des Schuldners zu einer vollständigen Befriedigung des Gläubigers nicht führen würde. Eine solche Annahme ist aber wohl im vorliegenden Falle der Anmeldung der angefochtenen verausgehenden Satzforderung von 2500 fl. bei dem Meistbote des versteigerten Hauses per 2055 fl. vor der grundbücherlich nachstehenden Satzforderung des Anfechtungsklägers per 900 fl. gerechtfertigt. 5. Endlich beschwert sich die Appellation der Zweitgeklagten, Notburga K., dass auch sie condemnirt wurde, und weil der in der Einrede dem Kläger von ihr deferirte Haupteid darüber, dass sie bei den ganzen Kaufunterhandlungen um das Saxergut in gar keiner Weise intervenirt habe und in die Mitwissenschaft nicht gezogen war, nicht zugelassen wurde. Laut Schuldscheines Nr. 3 ist aber die Zweitgeklagte Notburga B. Mitdarlehensgeberin und Mittabulargläubigerin ihrer unehelichen Tochter, der Schuldnerin Anna P. Diese Letztere sagte als Zeugin aus, sie denke, ihr Stiefvater Josef B. dürfte seiner Gattin mitgetheilt haben, dass der restliche Gutskaufschilling nicht in's Grundbuch komme, und „wir werden wohl die Vergänge beim Kaufvertrage der Mutter erzählt haben". Angesichts dieser Umstände, dann weil der Erstgeklagte als gesetzlicher Vermögensverwalter seiner Gattin, der Zweitgeklagten, (§ 1238 ABG) für dieselbe handelte und weil die Anfechtungsklage präjudicieller Natur ist, erscheint das Anfechtungsklagepetit bezüglich der beiden Geklagten gemeinsam zustehenden Satzforderung gegen beide Geklagte vollauf begründet.

Der OGH hat die a. o. Revisionsbeschwerde der beiden Geklagten gegen die gleichförmigen untergerichtlichen U. verworfen, weil in den unterrichterlichen U. eine nach dem Hofd. vom 15. Februar 1833, Z. 2593,

zu deren Abänderung erforderliche offenbare Ungerechtigkeit nicht erblickt werden kann, wenn erwogen wird, dass der von Anna P. den Geklagten ausgestellte Schuldschein über eine Forderung von 2500 fl., wie aus der Darstellung des Sachverhaltes im Excipiendum erhellt, auf einer Verrechnung beruht, dass ferner zugleich neue Nebenbestimmungen vereinbart wurden und deren Sicherstellung auf dem der Anna P. mit dem Kläger A eingetauschten Saxergut bewilligt wurde; dass die Einverleibung des Pfandrechtes zu Gunsten der Geklagten erst nach erfolgter Aufkündigung der dem Kläger oder Anna P. zustehenden Kaufschilligsrestforderung per 900 fl. von den Geklagten bewerkstelligt wurde, dass dies in der Absicht geschah, um deren Vorrang vor der nicht bestrittenen Forderung des Klägers per 900 fl., falls selber die pfandweise Sicherstellung auf derselben Realität erwirken wollte, zu gewinnen, dass darin aber ein listiges, den Kläger benachtheiligendes Vorgehen der Anna P. und des Erstgeklagten erkannt werden muss, da der Kläger, wie aus der Aussage des Notars N hervorgeht, die Sicherstellung dieser Restforderung nur deshalb nicht forderte, weil beide ihm zusicherten, dass sie ihn zahlen werden, und dass das Grundbuch frei bleiben soll, und dass endlich das Mitwissen der Zweitgeklagten mit Rücksicht auf die obwaltenden Familienverhältnisse ihre Betheiligung als Mitgläubiger bei den früheren, der Anna P. gegebenen Darlehen, dann auf die ihr aus dem Schuldscheine sub Nr. 3 zustehenden Vortheile und auf die Eigenschaft des Erstgeklagten, als ihres Gatten, nicht bezweifelt werden kann.

2691.

Dem Steuerexecutor kann in einem Exscindirungsstreit wider das Aerar der Haupteid über die den Eigenthumsanspruch fundirenden Klagsthatsachen nicht aufgetragen werden.

E. v. 30. März 1892, Z. 3425. — (JB 27 ex 92, Seite 324.)
I. LG Wien.
II. OLG Wien.

Eduard K. sprach mit Klage wider die niederösterreichische Finanzprocuratur in Vertretung des Aerars die wegen rückständiger Steuer und Executionsgebühr per 77 fl. seiner Ehegattin Caroline K. am 19. März 1888 von dem Steuerexecutionsamte Wien gepfändete und auf 100 fl. geschätzte feuerfeste Casse als sein Eigenthum an und führte zur Begründung seines Anspruches an, dass er diese Casse von Michael E. um den Preis von 70 fl. gekauft und sohin auch in das Eigenthum übergeben erhalten habe. Für die genannten Thatumstände bot der Kläger 1. den Beweis durch den Zeugen Michael E. mit seinem Erfüllungseide und 2. den Beweis durch den der Gegenseite aufgetragenen referiblen Haupteid an. In der Replik trug Kläger der Gegenseite nochmals über obige Umstände

den negativen referiblen von Josef M., Steuerexecutor in Wien, als Vertreter des Fiscus abzulegenden Haupteid auf und machte in der Schlussschrift für den Fall, als Josef M. als Schwurmann nicht zugelassen werden sollte, Michael D., Vorstand der Steueradministration des VIII. Bezirkes in Wien, als Schwurmann namhaft.

Die I. J. hat die Klage unbedingt abgewiesen, und zwar aus folgenden

Gründen:

Was den Beweis ad 1. betrifft, so hat der Zeuge Michael E. allerdings bestätigt, dass er dem Eduard K., wie er glaubt im Jahre 1887, eine feuerfeste Casse, wie er glaubt war es Casse Nr. 3, um den Preis von 70 fl. verkauft habe. Er habe, sagt Zeuge, diese Casse dem Eduard K. in sein Eigenthum übergeben, welcher sie in seine Wohnung gebracht habe, wo er sie auch bei seinen mehrmaligen Besuchen, die er noch durch einen Zeitraum von ungefähr sechs Monaten nach dem Verkaufe machte, stehen gesehen habe; ausser dieser Casse sei in der Wohnung des Eduard K. keine andere gewesen. Zeuge kann aber nicht bestätigen, dass die am 19. März 1888 wegen eines Steuerrückstandes der Caroline K. gepfändete Casse die von ihm dem Eduard K. verkaufte ist. Dadurch verlieren aber obige Angaben des Zeugen, so bestimmt und überzeugend sie auch sein mögen, jede Bedeutung für einen gerichtsordnungsmässigen Beweis, da ja nicht feststeht, dass sie sich auf die fragliche exscindirte Casse beziehen. Es kann aber die Identität der exscindirten Casse mit der, von welcher die Angaben des Zeugen gelten, nicht etwa durch den Erfüllungseid bewiesen werden. Vielmehr muss das Eidesthema des Erfüllungseides im vollen Umfange von Zeugen bestätigt sein, damit der Erfüllungseid zugelassen werden könnte. Wenn aber auch die Identität ausser Frage käme, so kann doch der Zeuge nicht bestätigen, dass Eduard K. die Casse für sich um sein Geld gekauft hat und nicht etwa für seine Frau, was im vorliegenden Falle umsomehr von Bedeutung ist, als Kläger Privat ist, während seine bei ihm wohnhafte Gattin Caroline K. als Pretiosenverschleisserin besteuert und exequirt wurde. Es ist also die von der GO geforderte halbe Probe nicht erbracht, und kann daher auf den Erfüllungseid über diese Umstände nicht erkannt werden. Was den Beweisact 2 anbelangt, so ist einmal zu bemerken, dass keine geeignete physische Person als Eidesleister des Fiscus namhaft gemacht wurde, indem zwar der Steuerexecutor Josef M. und in der Schlussschrift der Vorstand der Steueradministration des VIII. Bezirkes, Michael D., als Eidesleister genannt werden, von der niederösterreichischen Finanzprocuratur aber eingewandt wird, dass der Steuerexecutor sowohl als auch Michael D. von den zu beschwörenden Thatumständen keine Kenntniss haben, oder haben können, oder sich verschaffen können, und dass Josef M. schon als städtisches Organ unmöglich namens des Aerars einen Eid ablegen könne, dass aber

auch Michael D., bezüglich dessen übrigens auch widersprochen wird, dass er Vorstand der Steueradministration des VIII. Bezirkes ist, und dessen Namhaftmachung als Schwurmann in der Schlussschrift als unstatthafte Neuerung gerügt wird, nicht berechtigt und berufen ist, als Repräsentant des Aerars zu fungiren und für dasselbe einen Eid abzulegen. Nachdem es Sache des Beweisanbietenden ist, nicht nur Eidesleister namhaft zu machen, sondern auch klar zu stellen, dass die als solche namhaft gemachten Personen im vorliegenden Falle auch die geeigneten, berufenen Eidesleister seien, oder wenigstens die Grundlage für eine gerichtliche E. hierüber zu bieten, dies aber vom Kläger unterlassen wurde, müssen schon über die Einwendungen der Finanzprocuratur allein die genannten Personen als nicht geeignete Eidesleister des Fiscus erkannt werden. Dem Fiscus kann aber nur zu Handen physischer Personen der Eid aufgetragen werden. Die Auftragung des Haupteides zu Handen ungeeigneter physischer Personen ist also nicht zu berücksichtigen. Aber auch abgesehen davon ist der in Rede stehende Haupteid im vorliegenden Falle unzulässig. Es ist eben evident, dass das Aerar darüber, ob Kläger die am 19. März 1888 wegen eines Steuerrückstandes der Caroline K. administrativ gepfändete Casse seinerzeit von Michael E. für sich gekauft und von demselben in sein Eigenthum übergeben erhalten habe, keine Kenntniss hat und haben kann, denn wenn auch das Aerar darüber z. B. bei Michael E. selbst Erkundigungen einziehen könnte, so erlangt es doch dadurch nicht Kenntniss aus Eigenem. Die Kenntnisse eines Dritten über das Beweisthema können eben nur in der Form eines Zeugenbeweises verwerthet werden, und es kann nicht erwartet werden, dass das Aerar auf Grund aussergerichtlicher Mittheilungen etwa, die als Zeugenaussagen nicht genügend waren, um den Erfüllungseid zu ermöglichen, sich entschliessen könne, den Haupteid anzunehmen oder zurückzuschieben. Wenn aber das Aerar aus Eigenem gar keine Kenntniss hat von den Thatsachen, worüber der Eid aufgetragen ist, und somit von vorneherein feststeht, dass dieser Eid den Anbietenden zurückgeschoben werden musste, so ist ein solcher Haupteid identisch mit dem über dasselbe Eidesthema zugleich angebotenen Erfüllungseid; er ist dann neben diesem kein eigenes weiteres (zweites) Beweismittel. Der zuzückgeschobene Haupteid unterscheidet sich eben von dem Erfüllungseid dadurch, dass dieser mit Hilfe von Zeugen (dritten Personen), jener mit Hilfe der Gegenpartei selbst beweist. Denn in der Nichtablegung des aufgetragenen Haupteides von Seite des Delaten und in der Zurückschiebung desselben liegt schon ein Beweismoment für die Wahrheit des Eidesthemas, und deshalb wird der Ablegung des zurückgeschobenen Haupteides seitens des Anbietenden volle Beweiskraft beigelegt. Wenn aber nun im vorliegenden Falle das Aerar verhalten werden würde, obigen Eid entweder anzunehmen oder zurückzuschieben, so könnte in der Zurückschiebung in diesem Falle doch nicht das geringste Beweismoment für die Wahrheit

des Eidesthemas erkannt werden, und die Ablegung des zurückgeschobenen Eides könnte im vorliegenden Falle keine grössere Beweiskraft haben, als die nackte Aussage eines nach § 141 lit. d AGO verwerflichen Zeugen. Der Eidesanbietende würde also in diesem Falle die Klagsbehauptungen und damit das Bestehen seines Eigenthumsrechtes blos durch seinen Eid (durch nichts unterstützt) selbst beweisen wollen, also durch einen nach der Allerhöchsten Entschliessung vom 1. October 1844, JGS Nr. 836, ausdrücklich verbotenen Selbsteid. Nachdem somit die vom Kläger angeführten Thatsachen, welche sein Klagebegehren begründen sollen, durch die angebotenen Beweise nicht bewiesen wurden und nicht bewiesen werden können, musste das Klagebegehren unbedingt abgewiesen werden.

Ueber Appellation des Klägers hat die II. J. das U. I. J. abgeändert und die E. von dem dem Steuerexecutor Josef M. rückschiebbar aufgetragenen Haupteid über die vom Kläger behaupteten Umstände, dass er die zu exscindirende feuerfeste Casse von Michael E. um den Preis von 70 fl. gekauft und von demselben in das Eigenthum übergeben erhalten habe, abhängig gemacht.

Gründe:

Der gegen die unbedingte Abweisung des Klagebegehrens gerichteten Appellationsbeschwerde des Klägers war stattzugeben und die E. von dem im U. sententionirten Haupteid abhängig zu machen. Denn wenn auch durch den Zeugen Michael E. und den vom Kläger angebotenen Erfüllungseid ein voller Beweis für das vom Kläger behauptete Eigenthum an der gepfändeten feuerfesten Casse nicht erbracht werden kann, weil der genannte Zeuge die Identität der gepfändeten mit der von ihm dem Kläger verkauften Casse nicht mit Bestimmtheit zu bestätigen vermochte, und die in diesem wesentlichen Punkte lückenhafte Aussage des Zeugen keine durch den Erfüllungseid zu ergänzende habe Probe bildet, so obwaltet doch kein Anstand, auf den in der Klage angebotenen, alle wesentlichen Thatumstände, auf welche sich das Klagebegehren stützt, enthaltenden rückschiebbaren Haupteid abzugehen, da dem Aerar, welches durch die niederösterreichische Finanzprocuratur den Process im eigenen Namen und nicht für einen Dritten führt, gemäss § 207 AGO der Haupteid auch über fremde Handlungen aufgetragen werden kann, die Finanzprocuratur auch in der Lage ist, sich von der Richtigkeit oder Unrichtigkeit der klägerischen Behauptungen durch geeignete Nachforschungen zu überzeugen und je nach dem Ergebnisse derselben den Eid entweder anzutreten oder zurückzuschieben, daher auch nicht behauptet werden kann, dass dieser Eid ein unzulässiger Selbsteid sei, und da in der Person des Steuerexecutors Josef M., welcher selbst die Pfändung dieser Casse zur Einbringung von Steuerrückständen vornahm und dabei im Auftrage des Magistrates Wien im übertragenen Wirkungkreise, also mittelbar im Auftrage der Regierung amtshandelte, ein geeigneter Eides-

leister nominirt wurde. Dagegen war von der Eidesleistung durch den erst in der Schlussschrift namhaft gemachten eventuellen Eidesleister Micheal D. abzusehen, weil dessen Eigenschaft als Vorstand der Steueradministration des VIII. Bezirkes in Wien von der Geklagten bestritten und von dem Kläger nicht bewiesen wurde.

Ueber die Revision des geklagten Aerars hat der OGH die E. I. J. zu bestätigen befunden.

Gründe:

Der Steuerexecutor Josef M. kann als städtisches Vollzugsorgan — wenn er auch über Auftrag der im übertragenen Wirkungskreise handelnden Gemeinde rücksichtlich des Stadtmagistrates die in Rede stehende Casse wegen des Steuerrückstandes der Gattin des Klägers in Pfand nahm — nicht als ein vermöge ihrer Stellung das Aerar vor Gericht repräsentirende physische Person betrachtet werden; als eine solche Persönlichkeit erschiene allerdings der vom Kläger in der Schlussschrift benannte Vorstand der Steueradministration des VIII. Bezirkes Michael D. Allein das geklagte Aerar hat bestritten, dass diese Persönlichkeit der Vorstand der Steueradministration sei, der Kläger hat hiefür einen Nachweis nicht beigebracht, und es ist dies auch nicht notorisch. Mangels der Namhaftmachung einer solchen physischen Person, welcher für das Aerar der Eid aufgetragen werden könnte, kann auch vom Haupteide die E. dieser Streitsache nicht abhängig gemacht werden. Die Behauptungen, auf welche der Kläger sein Klagebegehren gestützt hat, stehen sonach beweislos da, und sind über den Widerspruch des belangten Aerars für wahr nicht zu halten. Das Klagebegehren war demzufolge unbedingt abzuweisen, und es war daher in Stattgebung der Revision des geklagten Aerars das erstrichterliche U. wieder herzustellen.

2692.

Unzulässigkeit der Vertretungsleistung seitens der mütterlichen Vormünderin hinsichtlich Feststellung eines Schenkungsactes derselben an ihr eigenes Kind in einem im Interesse des letzteren eingeleiteten Exscindirungsstreite.

E. v. 30. März 1892, Z. 3547. — (JB 37 ex 92, Seite 444.)

I. KG Reichenberg.
II. OLG Prag.

Ludwig N., Mitvormund der minderjährigen Ida S., gemeinschaftlich mit deren Mutter und Vormünderin Pauline S., als freiwillige Vertretungsleisterin, belangten die Firma L. & Comp. auf Anerkennung des Eigenthums der minderjährigen Ida S. an dem in dem Pfändungs- und

Schätzungsprotocolle vom 13. April 1891 gegen Pauline S. unter P.-Z. 1 beschriebenen Pianino und die Ausscheidung desselben aus diesem Protocolle.

Die I. J. hat die Klage unbedingt abgewiesen, und zwar aus folgenden

Gründen:

Nach durchgeführter Ergänzungsverhandlung stellt sich als entscheidend heraus, dass vor etwa vier Jahren Pauline S. ihrer minderjährigen, damals circa dreizehn Jahre alten Tochter das später für eine Forderung der Geklagten executiv gepfändete Pianino in der Weise geschenkt habe, dass die erstere dasselbe bei einem Pianoerzeuger in Reichenberg gekauft und sodann bei Ueberbringung dieses Pianinos in die Wohnung es der Tochter vorgewiesen und ihr mit den Worten übergeben habe: „Hier dieses Pianino habe ich Dir gekauft . . ., ich schenke es Dir, das ist Dein erstes Möbelstück“ u. s. w., worauf sich ihre Tochter Ida bedankte, also das Geschenk annahm. Ueber diese Thatsachen hat Kläger der geklagten Firma den auf die mütterliche Vormünderin Pauline S. als freiwillige Vertretungsleisterin referiblen Haupteid aufgetragen, wogegen die geklagte Firma vornehmlich die Anfechtbarkeit der Schenkung und die Unzulässigkeit dieses Haupteides einwendete. Der Gerichtshof hat nun in dem Umstande, dass thatsächlich vor vier Jahren schon Pauline S. Schuldnerin der geklagten Firma war für Forderungen, die freilich erst später fällig werden sollten, und dennoch ihrer Tochter ein Pianino geschenkt haben will, eine anfechtbare Handlung nicht gefunden, weil er nach § 48 AG die Ueberzeugung nicht zu gewinnen vermochte, dass die damals etwa dreizehnjährige unerfahrene Ida S. eine Kenntniss davon, dass durch die angebliche Schenkung eines Pianinos an sie seitens ihrer Mutter diese ihre Gläubiger zu benachtheiligen gedachte oder gedenke, gehabt hätte. Wohl aber hat der Gerichtshof den Eid, so wie er aufgetragen worden war, für unzulässig erkannt. Ueber Thatsachen, die sich zwischen zwei Personen, das ist zwischen der einen Processpartei und einer dritten, dem Processe, sei es als freiwilliger Vertretungsleister oder als Zeuge, beitretenden Person ereignet haben sollen, kann nach § 207 AGO Demjenigen, der im eigenen Namen den Process führt, ganz wohl in der Regel der Eid rückschiebbar aufgetragen werden, da er ja in der Lage ist, mindestens durch den Dritten sich von der Wahrheit oder Unwahrheit der bezüglichen Thatsachen Kenntniss zu verschaffen. Im vorliegenden Falle handelt es sich um ein Rechtsgeschäft zwischen Mutter und Tochter, bei dessen Einfachheit nicht gezweifelt werden kann, dass dasselbe, wenn wirklich vorgefallen, der damals schon zum mindesten nahe der Mündigkeit stehenden Ida S. umsomehr bekannt sein musste, als schon der Gegenstand selbst, dessen bedeutender Werth, der den Werth gewöhnlich geschenkter Sachen bedeutend überragt, dafür bürgt, dass sich jeder einzelne Vorgang hierbei der Be-

schenkten sicher fest eingeprägt hat, und bei der Kürze der Zeit derselben, die inzwischen mündig geworden, erinnerlich sein müsste. Nun erklärt aber der klägerische Vormund, dass sich sein Mündel nicht mehr hieran erinnern könne und trägt den Haupteid referibel auf die mütterliche Vormünderin auf, die sich in diesem Rechtsstritte als freiwillige Vertretungsleisterin anführen liess. Der Grund dieser freiwilligen Vertretungsleistung liegt nun etwa darin, dass etwa Pauline S. der Ida S. regresspflichtig wäre, oder dass sie an dem Ausgange dieses Rechtsstrittes irgend ein rechtliches Interesse hätte. Allein dieses Interesse ist durch keine Thatsache substantiirt, sondern beruht, wie Kläger in der Replik anführt, in der Eigenschaft als mütterliche Vormünderin, die von dieser angeblichen Schenkung Kenntniss habe. Nun ist diese Art der freiwilligen Vertretungsleistung unseren Gesetzen gänzlich fremd, und ist dies auch aus dem Consense des st.-del. BG Reichenberg vom 1. Juni 1891, Z. 9095, zu ersehen, in welchem den Einschreitern (Ludwig N. und Pauline S.) als Vormundschaft der minderjährigen Ida S. der vormundschaftsbehördliche Klagsconsens in dieser Rechtssache ertheilt wurde, so dass also auch Pauline S. mit Ludwig N. gemeinschaftlich als Klägerin in Vertretung ihrer minderjährigen Tochter aufzutreten hatte. In diesem Falle hätte sie sodann den blos auf sie, da blos sie und nicht der Mitvormund hiervon Kenntniss hatte, rückschiebbaren Haupteid nach § 207 AGO der geklagten Firma auftragen können, jedoch blos dann, wenn die von ihr vertretene Minderjährige unfähig des Eides gewesen wäre. Ein Minderjähriger ist nur unfähig zur Ablegung eines Eides als Kind unter vierzehn Jahren (§ 140 lit. a AGO), über vierzehn Jahren sind Minderjährige hierzu fähig, und ist im Gesetze nirgends enthalten, dass von ihnen nicht auch Eide über Thatsachen abgelegt werden könnten, die dem Eintritte ihrer Mündigkeit vorausgegangen sind, besonders in dem vorliegenden Falle, wo der Eintritt der Mündigkeit so nahe und die angebliche Thatsache so markant war. Hierzu kommt noch, dass doch nicht die Mutter, die sogar als Zeuge als verwerflich zu würdigen wäre, in die Lage gesetzt werden kann, die Sache durch ihren aufgedrungenen Eid zu Ungunsten des Gegners zu entscheiden. Nachdem nun aber im Rechtsstritte selbst von dem Kläger angeführt wurde, dass die minderjährige Ida S. nicht schwören wolle, da sie sich angeblich nicht erinnert, konnte auf diesen Eid nicht erkannt werden, da sowohl die geklagte Firma sich nicht mehr von der Wahrheit anders Kenntniss verschaffen könnte, als durch Erkundigung bei der angeblichen Vertretungsleisterin und thatsächlich verwerflichen Zeugin, so dass die geklagte Firma genöthigt wäre, diesen Eid zurückzuschieben, als auch, weil die im Ernst eidespflichtige Person diesen Eid nicht ablegen zu können erklärt, weshalb die Klagsabweisung unbedingt erfolgt.

Ueber die Appellation der Klägerin hat die II. J. die E. I. J. abgeändert und dem Klagebegehren nur für den Fall stattgegeben, wenn

Pauline S., mütterliche Vormünderin der minderjährigen Ida S., den von der geklagten Firma rückgeschobenen Hauptcid des Inhaltes ablegt: „Es sei wahr, dass Pauline S., als das von ihr vor etwa vier Jahren gekaufte Pianino abgeliefert und in ihre Wohnung gebracht worden war, ihre Tochter Ida in dieses Zimmer führte und zu ihr sagte, indem sie auf das dort stehende Pianino mit der Hand wies: „Hier, dieses Pianino habe ich Dir gekauft, weil Du jetzt Clavierunterricht hast, ich schenke es Dir, das ist Dein erstes Möbelstück, welches Du von mir bekommst; wenn Du einmal aus dem Hause kommst, wirst Du Dir dasselbe mitnehmen", und dass sich hierauf Ida S. bei ihrer Mutter Pauline S. bedankte."

Gründe:

Mit Recht bezeichnen die Entscheidungsgründe des Gerichtshofes I. J. die von der Klagsseite in dem im Zuge des Ergänzungsverfahrens aufgenommenen Protocolle vom 28. October 1891 angeführte thatsächliche Darstellung über den Vorgang bei der in Frage kommenden Schenkung des vindicirten Pianinos als processentscheidend, weil einerseits nicht bestritten ist, dass Ida S. zur Zeit, als die Schenkung erfolgt sein soll, bereits das siebente Lebensjahr überschritten hatte, daher diese Schenkung nach § 865 ABG mit Rechtswirkung annehmen konnte, andererseits durch diese Darstellung, wenn deren thatsächlicher Inhalt erwiesen wird, auch die erfolgte Uebergabe respective Uebernahme des geschenkten Pianinos durch die Klägerin ausser Zweifel gestellt erscheint, zumal wenn erwogen wird, dass die geklagte Firma ausdrücklich als richtig zugibt, dass Pauline S. der Klägerin Ida S. das fragliche Pianino zum Gebrauche überliess und hieraus nothwendig folgt, dass Ida S. dasselbe auch thatsächlich in Gebrauch genommen hat. Der Gerichtshof I. J. erachtet jedoch in Conformität mit der Anschauung der geklagten Firma den über diese Darstellung durch Auftragung des Haupteides geführten Beweis für unzulässig, und zwar deshalb, weil klägerischerseits erklärt wurde, dass Ida S., da sie sich angeblich nicht mehr genau erinnert, denselben im Rückschiebungsfalle nicht schwören könne, die Beschwörung dieses Eides aber durch deren Mutter Pauline S. unzulässig sei, weil eine Vertretungsleistung durch dieselbe hier nicht platzgreife. Diese Anschauung kann aber als richtig nicht anerkannt werden; denn was zunächst die Ida S. betrifft, so würde dieselbe eine Thatsache zu beschwören haben, welche sich zu einer Zeit zutrug, als sie circa dreizehn Jahre alt war. Die Zulassung einer Streitpartei zum Eide über einen von ihr behaupteten Umstand setzt aber nach § 206 AGO voraus, dass dieselbe von der zu beweisenden Thatsache aus eigener Erfahrung Kenntniss habe und dieselbe aus eigenem Wissen bestätigen könne. Dieses wesentliche Erforderniss kann bezüglich der Ida S. nicht als vorhanden angenommen werden, denn im § 140 AGO sind insbesondere Kinder unter vierzehn Jahren vom Zeugeneide ausgeschlossen und werden

jenen Personen beigezählt, die das Gesetz als unfähig erklärt, die Wahrheit zu erfahren und es zeigt diese Gesetzesbestimmung, dass Aussagen, welche von einer Person zwar nach überschrittenem vierzehnten Lebensjahre, jedoch über Thatsachen abgegeben werden, die sich vor ihrem vierzehnten Lebensjahre zugetragen haben, keinen Anspruch auf volle Glaubwürdigkeit haben. Hierdurch erscheint das Begehren der Geklagten, dass der obbezeichnete Eid, welcher rückgeschoben wurde, von Ida S. abgelegt werde, widerlegt. Dagegen besteht kein Anstand, dass diesen Eid Pauline S., welche sich zu dessen Ablegung im Rückschiebungsfalle erboten hat, denselben ablege, weil sie in ihrer Eigenschaft als mütterliche Vormünderin der Klägerin deren gesetzliche Vertreterin ist und auch insoferne, als solche ein rechtliches Interesse am Ausgang dieses Strittes hat, als sie bei sonstiger eigener Verantwortung nach § 188 und 228 ABG das vermögensrechtliche Interesse ihrer Tochter zu wahren verpflichtet ist, daher auch ihr Eintritt in den Process als Vertretungsleisterin ihrer Tochter als unzulässig mit Grund nicht bezeichnet werden kann. Dem kann auch nicht entgegenstehen, dass Pauline S. ihre eigene Schenkung beschwört, weil nach den unter Beweis gestellten Angaben der Klagsseite das Pianino längst in das Eigenthum der Ida S. übergegangen und, wie vorstehend betont wurde, Pauline S. als die gesetzliche Vertreterin der Klägerin berechtigt ist, zum Schutze des Eigenthums der Letzteren sich zum Eide erbieten. Es wurde daher das appellirte U. im Sinne dieser E. abgeändert.

Ueber die Revisionsbeschwerde der Geklagten hat der OGH die E. I. J. wieder herzustellen befunden.

Gründe:

Unbegründet sind die geklagterseits erhobenen Einwendungen der Rechtsunwirksamkeit der in Frage stehenden Schenkung und der absoluten Unzulässigkeit der Anstrengung des Haupteides über die diesfälligen Thatsachen, und genügt es, in dieser Beziehung auf die Begründung der untergerichtlichen U. zu verweisen. Gleichwohl ist dem die Wiederherstellung des die Klage unbedingt abweisenden erstrichterlichen U. anstrebenden Revisionsbegehren der geklagten Firma stattzugeben. Auf den zurückgeschobenen Haupteid der Klägerin kann nicht erkannt werden, weil sich dieselbe nach der Angabe ihrer Vertreter auf des Eidesthema nicht genau erinnert und aus diesem Grunde den ihr zurückgeschobenen Haupteid nicht ablegen kann. Für die Vertretungsleistung der mütterlichen Vormünderin aber fehlt jede Grundlage. Der klägerischerseits angerufene § 64 AGO bezieht sich blos auf die Processfähigkeit beziehungsweise die Processführung für processunfähige Processparteien, die Voraussetzung der Vertretungsleistung im Sinne des 4. Capitels der AGO aber bildet das rechtliche Interesse des Vertretungsleisters an dem Ausgange des Streites.

Ein solches besteht im vorliegenden Falle auf Seiten der Mutter der Klägerin nicht; die Klägerin stand bei der behaupteten Schenkung ihrer Mutter lediglich als Partei entgegen, und der Fall der Gewährleistung nach § 945 ABG ist nach den eigenen Anführungen der Klägerin ausgeschlossen. Die vom OLG cit. Bestimmungen der §§ 188 und 228 ABG vermögen im vorliegenden Falle eine Haftung der mütterlichen Vormünderin nicht zu begründen, da es sich nicht um einen Act der Vermögensverwaltung handelt, und für die Schwäche des Erinnerungsvermögens der Klägerin die Vormünderin nicht verantwortlich ist. Demzufolge ist mit Abänderung des oberlandesgerichtlichen U. jenes der I. J. wieder herzustellen.

2693.

Die Processparteien können angebotene und selbst zugelassene, jedoch noch nicht gerichtsordnungsmässig aufgenommene Beweise fallen lassen, ohne dass es hiezu der Zustimmung des Processgegners bedarf.

E. v. 30. März 1892, Z. 3654. — (GZ 32 ex 92, Seite 255.)

In der Rechtssache des A gegen B wegen 4672 fl. hat der erste Richter die Eingabe des Klägers um Kenntnissnahme von dem Verzichte auf den Zeugenbeweis durch X demselben mit der Weisung zurückgestellt, vorerst das Einverständniss des Gegentheils auszuweisen.

Das OLG hat über Recurs des Klägers den erstrichterlichen B. aufgehoben und der I. J. aufgetragen, in die E. der Eingabe, unter Abstandnahme von dem gebrauchten Abweisungsgrunde, einzugehen, und dies in der Erwägung, dass es nach den Grundsätzen des österreichischen Civilprocesses über das Beweisverfahren jedem Streittheil freisteht, für seine Behauptungen Beweise anzubieten oder nicht anzubieten, oder angebotene Beweise und Beweismittel auch ohne Angabe irgend eines Grundes wieder fallen zu lassen, so lange dieselben noch nicht gerichtsordnungsmässig aufgenommen sind; dass dieser allgemeine Grundsatz auch für den durch Beiurtheil zugelassenen und auch für den schon angetretenen Zeugenbeweis gilt, wie sich aus § 145 AGO und aus dem Hofd. vom 6. August 1789, JGS Nr. 1041, zweifellos ergibt, und dass daher eine Zustimmung des Processgegners zur Verzichtleistung des Klägers auf die Vernehmung des vom Letzteren allein geführten Zeugen X nicht erforderlich ist.

Der OGH hat dem Revisionsrecurse des Geklagten keine Folge gegeben und die oberlandesgerichtliche E. aus deren dem Gesetze entsprechenden Gründen bestätigt.

2694.

Die Berichtigung der Gebühren anlässlich des Inventars und der Schätzung der Masse ist zwar dem CMV, jedoch ohne Terminfestsetzung und Executionsandrohung aufzutragen.

E. v. 30. März 1892, Z. 3773. — (NZ 22 ex 92. Seite 138.)
I. BG Mureck.
II. OLG Graz.

Mit dem Beschlusse des LG Graz wurde über das Vermögen des Kaufmannes Ernst L. der Concurs eröffnet und um die Versiegelung und Inventirung des zur CM gehörigen Vermögens ersucht.

Mit B. der I. J. wurde der Notar Dr. Franz H. zur Vornahme dieser Amtshandlung abgeordnet, und wurden in E. des über die Inventur und Schätzung des Concursvermögens aufgenommenen Protocolles die Gebühren des Gerichtscommissärs mit 45·24 fl., jene der Schätzleute mit 24 fl., zusammen 69·24 fl. bestimmt und deren Einhebung beim CMV verfügt.

Nachdem dieser sich jedoch weigerte, diese Gebühren einzuzahlen, ungeachtet sich der aus der aussergerichtlichen Veräusserung des Waarenlagers des Cridatars erzielte Erlös per 263·16 fl. in seinen Händen befand, wurde dem CMV mit bezirksgerichtlichem B. vom 12. December 1891, Z. 11399, die Einzahlung dieser Gebühren binnen 3 Tagen bei Vermeidung der zwangsweisen Einbringung aufgetragen.

Ueber den Recurs des CMV hat die II. J. den angefochtenen B. bestätigt; in Erwägung, dass nach § 160 der CO die Befriedigung der Massegläubiger, zu denen nach § 29 CO auch Diejenigen gehören, die einen Anspruch an Massekosten zu stellen haben, ohne Rücksicht auf den Stand der Concursverhandlung zu erfolgen hat, sobald die Ansprüche feststehen und fällig sind, und dem Gerichtsabgeordneten und den Schätzleuten nicht zugemuthet werden kann, sich mit ihrer Befriedigung auf den Ausgang der Concursverhandlung oder auf jene ungewisse Zeit verweisen zu lassen, bis sichergestellt wird, ob alle Massekosten vollständig zur Zahlung gelangen.

Dem a. o. Revisionsrecurse des CMV hat der OGH dahin Folge zu geben befunden, dass aus dem bezirksgerichtlichen B. die Worte: „binnen drei Tagen bei Vermeidung der zwangsweisen Einbringung“ zu entfallen haben, und zwar aus folgenden

Gründen:

Es ist zweifellos und der Beschwerdeführer erkennt auch an, dass die Inventurs- und Schätzungsgebühren, zu deren Erlag derselbe selbstverständlich nicht für seine Person, sondern nur in seiner Eigenschaft als Ernst L.'scher CMV aufgefordert wurde, zu den Massekosten gehören und dass die betreffenden Ansprüche feststehen und auch fällig sind. Ebenso ist aus der mit dem B. vom 15. November 1891, Z. 13 C. C.,

ertheilten Bewilligung zur Veräusserung von Mobilien zu entnehmen, dass dem CMV hinreichende Mittel zur Deckung dieser Kosten zur Verfügung stehen und erscheint daher die Aufforderung zum Erlage dieser Kosten im ganzen Betrage von 69·24 fl. nach § 160 CO gerechtfertigt. Allein der letzte Absatz des § 160 CO bestimmt auch, in welcher Weise der Massegläubiger vorzugehen hat, wenn sich die Zahlung der Kosten verzögert, und nach dieser Vorschrift ist es im Hinblick auf die Bestimmung des § 29 letztes Alinea CO unzulässig, eine bestimmte Frist zur Zahlung dieser Kosten festzusetzen und damit die Executionsandrohung zu verbinden. Insoferne demnach dem CMV der Erlag der fraglichen Kosten binnen drei Tagen und bei Vermeidung der zwangsweisen Einbringung aufgetragen wurde, musste dem Revisionsrecurse nach Zulass des § 16 des Abh. Pat., Folge gegeben und die Beseitigung dieser Worte aus dem angefochtenen bezirksgerichtlichen B. verfügt werden.

2695.

Verordnungen der Baupolizeibehörden eignen sich zur Anmerkung nach § 20 lit. a GBG ob dem bezüglichen Hause.

E. v. 30. März 1892, Z. 3819. — (Práv. IX ex 92, Seite 306.)

I. BG Eisenbrod.

II. OLG Prag.

Dem Einschreiten der Gemeinde A auf Grund der E. des Gemeindeamtes A und der bezirkshauptmannschaftlichen Intimate über die gleichlautenden E. der Statthalterei sowie des Landesausschusses in Verbindung mit dem Zustellungsscheine Nr. 299 um die Anmerkung ob dem Hause C.-Nr. x zu A in der Grundbuchseinlage y, es sei der Hauseigenthümer B schuldig, den wider das Gesetz durchgeführten Umbau dieses Hauses zu beseitigen, gab die I. J. Folge.

Ueber Recurs des B wies die II. J. das Gesuch der Gemeinde A ab, weil die durch die Verwaltungsbehörde dem Recurrenten auferlegte Verpflichtung nicht als ein solches persönliches Verhältniss angesehen werden kann, dessen Anmerkung die im § 20 lit. a GBG vorgesehene Rechtsfolge nach sich ziehen könnte; mithin ist diese Verpflichtung zur Sicherstellung ob einem Reale nicht geeignet.

Dem Revisionsrecurse der Gemeinde A, in welchem hervorgehoben wurde, dass B das Haus mittlerweile an einen Dritten verkauft habe, gab der OGH Folge und stellte die E. I. J. wieder her; denn es handelt sich hier um eine Verfügung in Sachen der Baupolizei, deren Wirksamkeit aus öffentlichen Rücksichten offenbar nicht auf die Person desjenigen Eigenthümers eingeschränkt werden kann, gegen welchen die Verordnung unmittelbar erging, vielmehr stellt der Fortbestand dieser Verfügung einen im Sinne des § 20 lit. a GBG auf die Substanz des Grundbuchskörpers

sich beziehenden Gegenstand der Anmerkung dar, welche mit der Rechtsfolge verbunden ist, dass, wer immer in der betreffenden Grundbuchseinlage eine Eintragung erwirkt, sich auf die Unkenntniss dieser Verfügung der Baubehörde nicht berufen kann. Schliesslich ist auch mit Rücksicht auf den beigebrachten Zustellungsschein, sowie auf die Länge der seither abgelaufenen Zeit eine weitere Bescheinigung der Rechtskraft jener Verfügung nicht erforderlich und würde eine nähere Präcisirung der Art und Weise, wie dieser Umbau durchzuführen sei, den Endzweck der Anmerkung überschreiten.

2696.

Das Bagatellverfahren kann nicht eingeleitet werden, wenn nach dem Inhalte der Klage der eingeklagte Betrag sich als ein Ueberschuss darstellt, der sich aus der Vergleichung der beiden Theilen zustehenden Forderungen zu Gunsten des Klägers ergibt.

E. v. 30. März 1892, Z. 3882. — (GH 32 ex 92, Seite 274.)
I. HG Wien.
II. OLG Wien.

Die I. J. hat die Klage des A gegen B peto. Zahlung von 24 fl. in der Erwägung, dass mit Rücksicht auf die Höhe des Streitgegenstandes das Bagatellverfahren in Anwendung zu kommen hat, wegen Incompetenz zurückgestellt.

Dem Recurse des Klägers hat die II. J. keine Folge gegeben und den angefochtenen B. bestätigt, weil die vorliegende Klage auf Zahlung des Betrages von 24·40 fl., also einer den Betrag von 50 fl. nicht übersteigenden Geldsumme gerichtet ist, und in der Klage lediglich behauptet wird, „dass der Kläger auf den ursprünglichen Forderungsbetrag per 129 fl. theils durch Empfangnahme von Anzahlungen, theils durch Baarzahlung seitens der geklagten Firma zusammen einen Betrag von 105 fl. erhalten habe“, in dieser Anführung aber nur das Eingeständniss des Empfanges von Abschlagszahlungen, keineswegs aber die Behauptung, dass der eingeklagte Betrag der sich aus der Vergleichung mehrerer beiden Theilen zustehenden Forderungen ergebende Ueberschuss sei, enthalten ist; und weil demzufolge gemäss der §§ 1 und 7 des Ges. vom 27. April 1873, RGB Nr. 66, die gegenwärtige Streitsache im Bagatellverfahren zu verhandeln sein wird.

Dem a. o. Revisionsrecurse des Klägers hat der OGH Folge zu geben und in Abänderung der beiden untergerichtlichen E. der I. J. die gesetzmässige E. der Klage mit Umgangnahme von dem gebrauchten Weisungsgrunde zu verordnen befunden, weil es sich nach Inhalt der Klage nicht lediglich um Abschlagszahlungen handelt, welche die geklagte Firma à conto der Klageforderung an den Kläger geleistet, und durch welche

sich diese Forderung bis auf einen Restbetrag von 24·40 fl. getilgt hat, in der Klage vielmehr ausdrücklich hervorgehoben wird, dass auch der geklagten Firma ihrerseits eine Forderung an den Kläger erwachsen ist, welche dieser von dem für die Vermittlung des Verkaufes von Maschinen angesprochenen Betrage in Abrechnung bringt, weil somit der Ueberschuss eingeklagt erscheint, der sich aus der Vergleichung von beiden Theilen zustehenden Forderungen ergeben soll, in einem solchen Falle aber gemäss §§ 1 und 7 des Ges. vom 27. April 1873, RGB Nr. 66, und gemäss § 15 lit. a JN das Bagatellverfahren keine Anwendung findet.

2697.

Auch im Vollstreckungsverfahren auf Grund einer nach § 3 NO vom 25. Juli 1871, RGB Nr. 75, errichteten Urkunde finden die Vorschriften des Justizhofdecretes vom 24. October 1845, JGS Nr. 906, in jenen Fällen Anwendung, in denen die Geltendmachung einer Geldforderung im Wege der Klage nach ihrem Betrage zur Einleitung des summarischen Verfahrens geeignet wäre.

E. v. 30. März 1892, Z. 3229. — (JMB 758 ex 92, Seite 83.)

In einer Executionssache, welche auf Grund einer nach § 3 NO vom 25. Juli 1871, RGB Nr. 75, errichteten Urkunde wegen Hereinbringung der Forderung von 300 fl. eingeleitet worden war, überreichte der Execut gegen die ihm am 3. Februar 1892 zugestellte oberlandesgerichtliche Verordnung unter dem 16. Februar 1892 den Revisionsrecurs.

Diesen Recurs fand der OGH nach § 48 des Hofd. vom 24. October 1845, JGS Nr. 906, als verspätet in der Erwägung zurückzuweisen, dass es sich um die Einbringung einer 500 fl. nicht übersteigenden Geldforderung handelt, dass für solche Rechtssachen, insofern specielle Gesetze nicht anders verfügen, die Bestimmungen des Justizhofd. vom 24. October 1845, JGS Nr. 906, zu gelten haben, dass dieses Gesetz zwischen dem eigentlichen Processe und dem Executionsverfahren einen Unterschied nicht kennt und eine Einschränkung auf Fälle, wo der Execution ein Processverfahren vorangegangen ist, schon deshalb als ausgeschlossen anzusehen ist, weil die sinngemässe Anwendung des nach obigem Justizhofdecrete geregelten Verfahrens auf den Executionszug wegen einer mit den Förmlichkeiten des § 3 NO verbrieften Forderung aus dem Zwecke dieser Gesetzesstelle, die Einbringlichkeit der Forderung möglichst zu beschleunigen, und selbst aus ihrem Wortlaute gefolgert werden kann, wonach ein solcher Notariatsact einem vor Gericht abgeschlossenen Vergleiche an die Seite gestellt wird; ein derartiger Vergleich aber in Beziehung auf das Vollstreckungsverfahren einem U. gleichgestellt werden muss.

2698.

Ist der Wechsel, dessen Wechselkraft bereits durch Verjährung erloschen, in Verlust gerathen, so kann die aus diesem Wechsel herrührende Forderung im Sinne des § 83 WO mittelst einer Bereicherungsklage geltend gemacht werden.

E. v. 31. März 1892, Z. 3702. — (GZ 40 ex 92, Seite 319.)
I. BG Horodenka.
II. OLG Lemberg.

A belangte den B wegen Zahlung einer Schuld im Betrage von 85·25 fl. und bringt vor, dass dieselbe aus dem Titel eines Getreidekaufes und dann auf Grund von in verschiedenen Zeiten erhaltenen Darlehen entstanden ist. In Folge einer am 15. Mai 1885 stattgehabten gegenseitigen Abrechnung habe B die obige Forderung als richtig anerkannt und behufs Sicherstellung derselben einen Wechsel am 15. Mai 1885, 6 Monate a dato zahlbar, über 85·25 fl. acceptirt. Dieser Wechsel ist dem A in Verlust gerathen und war zur Zeit der Ueberreichung der gegenwärtigen Klage verjährt. Der Belangte B beruft sich auf den § 1428 ABG, hervorhebend, dass bei Abgang eines Nachweises über die Amortisirung des in Verlust gerathenen Wechsels das Klagebegehren unbegründet sei.

Die I. J. hat das Klagebegehren unbedingt abgewiesen und dem Kläger nach vorläufig erwiesener Amortisirung des vom Belangten acceptirten Wechsels ddto. 15. Mai 1885 über 85·25 fl. das Recht der Einbringung einer neuen Klage vorbehalten, denn der Kläger hat im Sinne des § 1428 ABG nicht nachgewiesen, dass er den in Verlust gerathenen Wechsel amortisirt habe, und er kann nur den Erlag der Schuld an das gerichtliche Deposit, die Zahlung aber nur nach erfolgter Sicherstellung verlangen. Der Umstand, dass der Wechsel verjährt ist und nur zur Sicherstellung der Forderung des Klägers von dem Belangten acceptirt wurde, hat keine Bedeutung, weil die Verjährung aus dem Art. 77 WO sich nur auf die Folgen des Wechselacceptes bezieht und die Verabredung der Contrahenten, dass der Wechsel nur zur Sicherstellung übergeben wird, gegenüber dritten Personen als Besitzer des Wechsels wirkungslos ist.

Die II. J. hat die E. I. J. abgeändert und erkannt: Belangter sei für den Fall schuldig, dem Kläger den Betrag von 85·25 fl. s. N. G. binnen 14 Tagen zu bezahlen, wenn der Kläger den Beweis durch den Haupteid dahin abgelegt, dass Belangter am 15. Mai 1885 sich mit dem Kläger über den Bezug von Getreide und contrahirte Darlehen abrechnete, den Schuldbetrag per 85·25 fl. anerkannte, solchen am 15. November 1885 zu zahlen sich verpflichtete, hierüber dem Kläger den Wechsel de dato 15. Mai 1885 acceptirte, ihm solchen einhändigte und dass dieser Wechsel bei dem Kläger in Verlust gerathen ist und er denselben nicht mehr besitze. Wenn dem Kläger dieser Beweis nicht gelingt, so wird derselbe mit seinem Begehren abgewiesen.

Gründe:

Im Falle des Ablegens des obbezeichneten Eides wird es erwiesen sein, dass Belangter bei dem Kläger Getreide gekauft und Darlehen contrahirte, sowie, dass er die hiedurch entstandene Forderung mit dem Wechselaccepte, welches schon längst verjährt ist, gedeckt hat, bei welcher Sachlage das Klagebegehren begründet erscheint (Art. 83 WO), da, widrigenfalls der Belangte, welcher nicht einmal behauptet, dass er die in Rede stehende Wechselforderung bezahlt hat, sich zum Schaden des Klägers bereichern würde. Die Berufung auf die Vorschrift des § 1428 ABG ist verfehlt, weil der Wechsel bei Abgang der Erfordernisse des § 1001 ABG als Schuldschein nicht angesehen werden kann und die Amortisirung desselben mit Rücksicht auf die schon längst eingetretene Verjährung (Art. 77 WO) zwecklos wäre. Die vom Belangten eingewendete Verjährung aus den §§ 1293 und 1489 ABG trifft hier nicht zu, zumal die Bereicherung des Belangten im Sinne des Art. 83 WO erst binnen 30 Jahren verjährt.

Der OGH hat das Revisionsbegehren des Belangten zurückgewiesen und das gehörig begründete oberlandesgerichtliche U. bestätigt.

2699.

1. Bei Distanzgeschäften hat der den Käufer auf Uebernahme der Waare und Zahlung des Kaufpreises klagende Verkäufer den Beweis darüber zu erbringen, dass er diese Waare dem Käufer wirklich übersendet habe.

2. Die blosse Einsendung der Factura, in welcher die Zusendung der Waare erwähnt ist, kann der wirklichen Uebergabe der Waare nicht gleichgehalten werden.

E v. 31. März 1892, Z. 3338. — (GZ 43 ex 92, Seite 343.)

I. BG Mährisch-Ostrau.
II. OLG Brünn.

In der Rechtssache des A gegen B wegen Uebernahme des von A dem B mit Factura avisirten Rums und Bezahlung des Kaufpreises hat B zugestanden, den Schlussbrief unterfertigt und den Rum von A gekauft zu haben, wendet jedoch ausser Anderem insbesondere ein, dass er zur Erfüllung des Vertrages nicht verhalten werden könne, weil der Kläger seiner Verbindlichkeit, den Rum ihm zu übergeben, noch nicht nachgekommen sei.

Die I. J. hat dem Klagebegehren gegen Erweisung der Höhe des Kaufpreises durch den Haupteid Folge gegeben, wobei dieselbe erwog, dass die erwähnte Einwendung des B bei dem Umstande, als dieser zugesteht, nach Erhalt der Factura und der besonderen Aufforderung seitens

des A, die Waare zu übernehmen, die Factura zurückgesendet und dem A mitgetheilt zu haben, dass er die Waare nicht übernehme, ganz belanglos erscheint, da durch das Geständniss des Geklagten selbst erwiesen ist, der Kläger habe von seinem Standpunkte Alles gethan, was er zur Erfüllung seiner Vertragspflicht thun konnte.

Das OLG hat das Klagebegehren abgewiesen aus nachstehenden

Gründen:

Nach dem im § 1052 ABG zum Ausdrucke gelangten allgemeinen Grundsatze kann bei zweiseitigen Verträgen nur Derjenige auf Erfüllung dringen, welcher selbst seine Verbindlichkeit erfüllt hat, oder, falls dies nach den Umständen ausreicht, zu erfüllen bereit ist. Nach der Sachlage und nach Art. 344 HGB war A verpflichtet, das Fass Rum dem B nach M. zu übersenden, um dem Letzteren die Empfangnahme der Waare, zu welcher der Geklagte nur in M. verpflichtet war, nach Art 346 HGB zu ermöglichen, und es kann gemäss Art. 345 HGB erst in der wirklichen Uebergabe der Waare an den Spediteur die den Verkäufer nach Art. 342 HGB und § 1061 ABG obliegende Uebergabe des Kaufobjectes erblickt werden. Die Klagsfirma hat den Umstand, dass sie dieser Pflicht entsprochen und den Rum dem Spediteur C zur Beförderung an B thatsächlich übergeben habe, ausdrücklich und bestimmt gar nicht behauptet; es ist eher daraus, dass die Klagsfirma den Beweis durch Sachverständige darüber anbot, dass schon in der Uebersendung der Factura über eine bestellte Waare das Anerbieten zu deren Uebergabe und die Aufforderung zu deren Uebernahme gelegen sei, mit voller Verlässlichkeit das Gegentheil zu concludiren. Die blosse Einsendung der Factura an B. in der die Zusendung der Waare durch Vermittlung des Spediteurs C erwähnt ist, kann der wirklichen Uebergabe der Waare an den Spediteur nicht gleichgehalten werden. Auf die Weigerung des B, das Fass Rum zu übernehmen, kann sich die Klagsfirma zu ihren Gunsten nicht berufen, und es kann die letztere daraus keineswegs die Befreiung von der Verpflichtung ableiten, das Fass Rum dem Spediteur zur Sendung an B zu übergeben. Diese Weigerung, falls sie unbegründet gewesen wäre, hätte höchstens die Klagsfirma zu einem Verkauf der Waare nach Art. 343 HGB, oder zum Abgehen von dem Vertrage berechtigen können. Im vorliegenden Falle beharrt die Klagsfirma auf der Zuhaltung des Vertrages; ihr lag nun die vollkommene Erfüllung desselben und die Anbietung der wirklichen Uebergabe des Kaufobjectes ob, bevor sie die Vertragserfüllung seitens des Geklagten hätte begehren können (§§ 1061 und 1062 ABG).

Ueber die Revision des Klägers hat der OGH die E. II. J. bestätigt, wobei noch erwogen wurde, dass die Klagsfirma zur Fundirung ihres au Uebernahme des gekauften Rums und auf Zahlung des vereinbarten Kaufpreises, mithin auf Erfüllung des Vertrages durch den Belangten, gerichteten

Begehrens bei dem Umstande, als es sich um ein Distanzgeschäft handelt und bei dem Widerspruche des Belangten, nach der allgemeinen Regel des § 3 AGO, ihre Behauptung, dass sie die verkaufte Waare dem Spediteur C zur Beförderung an B übergeben habe und so der ihr nach Art. 344 HGB obliegenden Verpflichtung nachgekommen sei, zu beweisen verpflichtet war, ein solcher Beweis aber nicht angeboten wurde und auch durch den Umstand, dass in der dem Belangten zugesendeten Factura der Beisatz vorkommt „für ihre Rechnung und Gefahr durch C" nicht ersetzt werden kann, indem die Factura wider B nach § 118 AGO nicht beweiswirkt und nicht dem Belangten der Beweis einer negativen, sondern der Klagsseite der Beweis ihrer positiven Behauptung obliegt.

2700.

Die Einkommensteuer von dem obgleich verpachteten Betriebe einer im Grundbuche als solche bezeichneten und thatsächlich hiezu eingerichteten Fabriksrealität ist als auf derselben lastende Vorzugspost zuzuweisen.

E. v. 5. April 1892, Z. 4225. — (NZ 22 ex 92, Seite 150.)

Die I. J. hat die von dem Steueramte von der Verpachtung der Fabriksrealität in H. für das erste und zweite Quartal 1891 angemeldete Einkommensteuer sammt Fondszuschlägen per 41·82 fl. nicht in der angesprochenen privilegirten Rangordnung zugewiesen, weil derselben die Eigenschaft einer Realsteuer nicht zusteht. In Folge dessen fiel dieser Steuerbetrag wegen Unzulänglichkeit des Meistbotes in's Leere.

Den dagegen von der Finanzprocuratur in Vertretung der Steuerärars eingebrachten Recurs hat die II. J. abgewiesen, weil die Einkommensteuer, welche vorliegend vom Pachtzinse für die verkaufte Fabriksrealität bemessen wurde, eine persönliche Steuer ist, somit als eine Realsteuer nicht angesehen werden kann und mit Recht in privilegirter Rangordnung nicht zugewiesen wurde.

Dem a. o. Revisionsrecurse der Finanzprocuratur in Vertretung des Steuerärars hat der OGH stattzugeben und die erwähnte Steuer in privilegirter Rangordnung zuzuweisen befunden; dies in der Erwägung, dass diese Steuer von dem durch die Verpachtung der Fabriksrealität erzielten Einkommen vorgeschrieben erscheint, dieses Einkommen durch den Gewerbsbetrieb unter Benützung der eigens hierzu bestimmten, mit den erforderlichen Einrichtungen und sonstigen Requisiten versehenen, im Grundbuche ausdrücklich als Fabriksrealität (Porzellanfabrik) eingetragenen Realität erzielt wurde, daher die von diesem Einkommen (Pachtzins) vorgeschriebene Steuer als eine auf der Realität selbst haftende Steuer anzusehen ist, indem es keinen Unterschied macht, ob das Einkommen von

dem Eigenthümer der Realität durch eigene Thätigkeit oder, wie im vorliegenden Falle, mittelbar durch den Pächter der Fabriksrealität erzielt wird und als Pachtzins bezeichnet ist.

2701.

Zulässigkeit der Klage auf Ausstellung, respective eigenhändige Unterfertigung einer schriftlichen Ehrenerklärung.

E. v. 5. April 1892, Z. 4258. — (JB 34 ex 92, Seite 410.)

I. LG Linz.
II. OLG Wien.

Die I. J. hat die Klage des A gegen B peto. Ausstellung rücksichtlich eigenhändiger Unterfertigung einer schriftlichen Ehrenerklärung näher bezeichneten Inhaltes und Gerichtskostenersatz dem Geklagten um seine binnen 30 Tagen zu erstattende Einrede zugefertigt.

Ueber den Recurs des Geklagten hat die II. J. unter Abänderung des erstrichterlichen B. die Klage zurückgewiesen, weil das auf Ausstellung und Zusendung einer Ehrenerklärung für eine Ehrenbeleidigung gerichtete Klagebegehren keinen privatrechtlichen Anspruch zum Gegenstande hat, daher darüber ein civilgerichtliches Verfahren nicht stattfinden kann.

Dem Revisionsrecurse des Klägers hat der OGH stattgegeben und den erstrichterlichen Klagsbescheid wieder herzustellen befunden. Denn die sofortige Abweisung der Klage, als zur Einleitung eines civilgerichtlichen Verfahrens nicht geeignet, lässt sich im Hinblick auf die Bestimmung des § 1 AGO, des Hofd. vom 6. October 1783, JGS Nr. 197, aber auch auf die Bestimmung des § 1 des kais. Pat. vom 20. November 1852 RGB Nr. 251 keineswegs rechtfertigen, nachdem in der Klage von dem Belangten die eigenhändige Ausstellung einer Ehrenerklärung verlangt wird, zu welcher sich derselbe durch seinen bevollmächtigten Rechtsfreund und nach vorangegangener Vereinbarung des Inhaltes derselben verpflichtet haben soll, nachdem überdies diese Erklärung auch die Anerkennung der Verpflichtung des Geklagten zum Ersatze gewisser Kosten enthalten soll, und nicht abzusehen ist, warum dieser Anspruch des Klägers sich zur Austragung im Civilrechtswege nicht eignen sollte (§§ 300 und 310 AGO); darüber aber, ob dieser Anspruch überhaupt und nach der Darstellung der Klage als ein begründeter angesehen werden kann, erst seinerzeit abzusprechen sein wird.

2702.

Auch im mündlichen Verfahren dürfen Originalien von Amtsacten durch das Gericht behufs Recognoscirung requirirt werden.

E. v. 5. April 1892, Z. 8634. — (Práv. X ex 93, Seite 345.)

I. KG Königgrätz.
II. OLG Prag.

Nach Verbescheidung der mit den Beilagen A bis M versehenen Klage des A gegen die durch die Finanzprocuratur vertretene Schulgemeinde B peto. 4106 fl. zur Erstattung der Einrede hat die Finanzprocuratur bei dem Bezirksschulrathe zu P die Einsendung der Originalien jener Klagsbeilagen zu ihren Handen erwirkt und schritt sodann in Vertretung der Schulgemeinde B um die Anordnung der Tagfahrt behufs Recognoscirung der Originalien ein, welche auf den 20. Jänner 1892 anberaumt wurde.

Am 4. Jänner 1892 suchte A bei der I. J. im Hinblicke auf den Umstand, dass die Originalien jener Klagsbeilagen bei dem Bezirksschulrathe zu P erliegen, um die Requirirung derselben von Gerichtswegen an, weil andernfalls deren Vorlegung behufs Recognoscirung seitens der Schulgemeinde B unmöglich wäre; die I. J. willfahrte diesem Ansuchen.

In der gegen diese E. eingebrachten Nichtigkeitsbeschwerde der Finanzprocuratur wurde betont, dass das Hofd. vom 2. December 1825, Z. 2150, auf welches sich A stützt, nur die Vergleichung der Handschriften im Auge hat, dass weiters der § 30 Summ.-Pat. nur eine lediglich im Summ.-Verf. giltige singuläre Norm darstellt, deren analoge Anwendung im o. Verfahren ausgeschlossen ist (argum. a contr. § 7 Summ.-Pat.) und dass endlich die vorzulegenden Originalbeilagen (mit Ausnahme der Beilage K, welche als Amtsconcept schon in Anbetracht der Vorschrift des Hofd. vom 31. December 1810 nicht vorgelegt werden darf) Eigenthum der belangten Schulgemeinde sind, zu deren gesetzlicher Vertretung die Finanzprocuratur berufen ist, weshalb es ganz unstatthaft erscheint, von der Belangten oder deren gesetzlichem Vertreter die Vorlegung von Urkunden behufs Ermöglichung einer Beweisführung zu ihren Ungunsten anzufordern.

Die II. J. hat diese Nichtigkeitsbeschwerde verworfen, weil die betreffenden Originalien der Klagsbeilagen sich in der Registratur des Bezirksschulrathes zu P befinden, mithin die durch die Beschwerdeführerin selbst angesuchte Recognoscirung der Klagsbeilagen in keiner anderen Weise durchführbar erscheint, als mittelst Requirirung derselben von der genannten Behörde, weshalb das Gesuch des A zulässig erscheint.

In dem a. o. Revisionsrecurse zugleich Nullitätsbeschwerde der Finanzprocuratur wurde sich darauf berufen, dass in dem vorliegenden Falle die Vorschriften des o. Verfahrens platzgreifen, gemäss deren das Gericht im Zuge des Instructionsverfahrens selbstthätig in den Process

nicht eingreifen darf, derselbe vielmehr bis zur Inrotulirung der Acten vollständig in das Ermessen der Parteien gegeben ist; A hat sich deshalb mit seinem Gesuche direct an den genannten Bezirksschulrath zu wenden, welcher sohin im Rahmen seines eigenen Wirkungskreises entschieden hätte, ob demselben zu willfahren sei oder nicht.

Der OGH verwarf den a. o. Revisionsrecurs zugleich Nullitätsbeschwerde, weil, sobald die Finanzprocuratur es für nöthig erachtete, die Recognoscirung der bei einer Staatsbehörde erliegenden Originalien der Klagsbeilagen vorerst auf indirectem Wege durch Vermittlung des Gerichtes anzusuchen, anstatt den ihr näher liegenden Weg des directen Amtsverkehrs einzuschlagen, dem Beweisführer im o. Verfahren durch kein Gesetz verwehrt erscheint, zu begehren, dass ihm diese Belege durch Vermittlung des Gerichtes beschafft werden, dass vielmehr dieses Begehren im Gegentheile durch den Sinn des Hofd. vom 2. December 1825, JGS Nr. 2150, vollständig begründet erscheint, welches hier im Geiste des § 437 AGO anzuwenden ist und laut dessen gleichfalls die Requirirung der bei einem öffentlichen Amte erliegenden Urkunden durch das Gericht zum Behufe der Beweisführung im Processe angeordnet wird; schliesslich entspricht diese Requirirung auch dem Sinne des § 30 des später erlassenen Hofd. vom 24. October 1845, JGS Nr. 906 (Summ.-Pat.).

2703.

Nur das mit der Clausel über erlangte Rechtskraft versehene Strafurtheil ist betreff der Civilansprüche exequirbar.

E. v. 5. April 1892, Z. 8764. — (Práv. XXIV ex 92, Seite 834.)

Nachdem gemäss U. des KG Kuttenberg als Berufungsinstanz die minderjährige A von der Anklage wegen Ehrenbeleidigung freigesprochen und hierauf die Privatklägerin B mittelst Erkenntnisses ddto. 14. Nov. 1892 zum Ersatze der Verhandlungskosten im Betrage per 13 fl. verurtheilt worden war, erwirkte der Vormund der A die Mobilarpfändung und Schätzung wider die B zur Hereinbringung der besagten Gerichtskosten.

Die II. J. hob über Recurs der B die recurrirte E. und deren erfolgte Durchführung auf, weil nach § 373 StPO die Execution eines strafgerichtlichen Erkenntnisses über die privatrechtlichen Ansprüche nur dann zulässig ist, wenn dieses Erkenntniss in Rechtskraft erwuchs und die Anmerkung dieses Umstandes seitens des betreffenden Strafgerichtes auf dem U. selbst erfolgte, während die Exequentin einen derartigen Beleg zum Executionsgesuche nicht beigebracht hat.

Ueber Revisionsrecurs der A, worin hervorgehoben wurde, dass diese Anmerkung der Rechtskraft auf den U. der Gerichtshöfe als Appellinstanzen in Uebertretungen ohne Bedeutung ist, weil es gegen dieselben

laut § 479 StPO eine weitere Berufung nicht gibt und § 373 cit. sich nur auf Erkenntnisse bezieht, gegen die eine Berufung ergriffen werden kann, hat der OGH die E. II. J. bestätigt, und zwar unter Hinweis auf die Begründung des Oberrichters und mit dem Beifügen, dass § 373 StPO ausnahmslos anzuwenden ist und es dem die Execution bewilligenden Richter niemals zusteht, sich in eine Prüfung einzulassen, ob das strafgerichtliche Erkenntniss, auf Grund dessen um die Execution gebeten wird, die Rechtskraft erlangt hat; vielmehr ist für ihn lediglich die Anmerkung der Rechtskräftigkeit auf dem Strafurtheile selbst entscheidend.

2704.

Durch die Einantwortung eines Theilbetrages einer grundbücherlich haftenden Heiratsgutsforderung wird die Natur der Forderung als einer Heiratsgutsforderung nicht geändert.

E. v. 6. April 1892, Z. 3243. — (JMB 771 ex 92, Seite 101.)

Das OLG hat den erstrichterlichen B., betreffend die Vertheilung des Meistbotes für die in der Executionssache des A gegen die B veräusserte Realität, insofern mit demselben die auf die Forderung der B aus dem Ehevertrage an Heiratsgut per 1500 fl. und an Widerlage per 500 fl. entfallende Meistbotstangente der Firma X unbedingt zugewiesen worden war, über Recurs des A abgeändert, diese Meistbotstangente ad depositum decretirt und verordnet, dass die bis zum Eintritte der Fälligkeit der Forderung der B anerlaufenden Zinsen dieses Capitals den nachfolgenden, nicht oder nur theilweise an die Zahlungsreihe gelangenden Gläubigern nach Massgabe der Rangordnung ihrer Forderungen zuzufallen haben, und dass nach Eintritt der Fälligkeit der Forderung der B bezüglich des ausgeschiedenen Betrages die nachträgliche Vertheilung zu erfolgen habe, und zwar aus folgenden Erwägungen:

Die Forderung der B haftete zur Zeit der Feilbietung noch auf der versteigerten Realität; die in den öffentlichen Büchern eingetragenen Rechte werden selbst im Falle ihrer Vereinigung in einer Person nach §§ 469 und 1446 ABG nur durch die grundbücherliche Löschung aufgehoben; die zu dieser Post angemeldeten Ansprüche können daher nicht ausser aller Berücksichtigung bleiben, weil die Indebitehaftung derselben aus dem Grundbuche nicht zu ersehen ist. Das Heiratsgut fällt nach § 1229 ABG erst nach dem Tode des Mannes seiner Ehegattin, und wenn sie vor ihm stirbt, ihren Erben heim, hier aber ist der Gatte noch am Leben; die Widerlage gebührt nach § 1230 ABG der Ehegattin nur für den Fall, dass sie den Mann überlebt; mit Rücksicht darauf ist der Anspruch der B auf Rückstellung des Heiratsgutes, sowie auf den Bezug der Widerlage, somit auch der Anspruch der theilweise in ihre Rechte getretenen Firma X

wegen ihrer daraus zu erfolgenden Befriedigung noch nicht fällig, wornach der auf die fragliche Forderung entfallende Meistbotsbetrag mit Vorbehalt der Rechte der Vorbenannten zu reserviren kommt, was zur Folge hat, dass die vom Ersteher hievon zu entrichtenden 6 Percent Zinsen als Zuwachs des Vertheilungsfondes wie oben zu verwenden sind.

Der OGH hat über Revisionsrecurs der Firma X diese E. aus deren Gründen bestätigt und mit Rücksicht auf die Ausführungen des Revisionsrecurses noch Nachstehendes beigefügt:

Aus dem Grundbuchsauszuge geht hervor, dass sich die Firma X von der fraglichen Heiratsgutsforderung einen Theilbetrag hat einantworten lassen. Da durch diese Einantwortung die Natur der Forderung als einer Heiratsgutsforderung nicht geändert wurde, so ist es klar, dass die Firma X die Zahlung der eingeantworteten Forderung erst zur Zeit der Fälligkeit derselben, d. i. nach dem Tode des Ehegatten der B ansprechen könne. Nachdem nun die Heiratsgutsforderung nach Inhalt des Grundbuchsauszuges nicht verzinslich ist, während der Ersteher den Meistbot zu verzinsen hat, so folgt daraus, dass die Zinsen der zur Deckung der Heiratsgutsforderung erforderlichen Tangente des Meistbotes als ein Zuwachs des letzteren anzusehen sind und den derzeit leer ausgehenden Tabulargläubigern nach der Rangordnung ihrer Forderungen insolang gebühren, bis der Anspruch auf Rückstellung des Heiratsgutes fällig sein wird, indem bis zu diesem Zeitpunkte die recurrirende Firma weder einen Anspruch auf Zahlung des Capitals, noch auch der Zinsen der Heiratsgutsforderung erheben kann.

2705.

Die vom Richter kalendermässig bestimmte, an einem Feiertage ablaufende Frist endet erst mit dem auf den Feiertag nächstfolgenden Tage.

E. v. 6. April 1892, Z. 3794. — (GH 26 ex 93, Seite 229.)

In einem schriftlich verhandelten Rechtsstreite wurde dem Belangten die Frist zur Erstattung der Duplik inclusive 20. December 1891 bewilligt.

Am 21. December 1891 rügte der Kläger die Unterlassung der Einbringung der Duplik und bat um Inrotulirung der Acten, wogegen der Belangte Tags darauf, d. i. am 22. December 1891, die Duplik überreichte.

Die unteren Instanzen haben nun die Duplik als verspätet zurückgewiesen und eine Tagsatzung zur Inrotulirung der Acten angeordnet.

Der OGH hat aber beide untergerichtlichen E. abgeändert und verordnet: die Duplik dem Gesetze gemäss verzubescheiden und das Inrotulirungsgesuch als verfrüht dem Kläger rückzustellen, weil, da dem Belangten der Termin zur Ueberreichung der Duplik mit Bezeichnung des Kalendertages auf den 20. December 1891 bewilligt wurde, der erwähnte

Kalendertag auf einen Sonntag fällt, es den Bestimmungen des zweiten Absatzes des § 5 der Proc.-Nov., gemäss keinem Zweifel unterliegen kann, dass diese Frist mit dem nächstfolgenden Werktage endete, und da an eben diesem Tage bei noch offener, dem Belangten zu Statten kommender Frist der Kläger das Gesuch um Inrotulirung der Acten eingebracht hat, so erscheint dieses Gesuch als verfrüht und musste die Zurückstellung desselben angeordnet werden, wonach die, wenn auch erst am 22. December 1891 überreichte Duplik des Belangten hätte decretirt werden sollen, da der Gegentheil noch nicht rechtswirksam das ihm aus der verfallenen Frist erwachsene Recht vor dem Richter gerügt hat.

2706.

Durch die Umgestaltung einer körperlichen Sache ohne die Möglichkeit der Rückversetzung in die frühere Gestalt tritt Besitzverlust corpore ein.

E. v. 6. April 1892, Z. 4055. — (GZ 43 ex 92, Seite 342.)
I. BG Laibach.
II. OLG Graz.

An der Grenze des Waldes der A und des Waldes des B und C ist eine Fichte gestanden, welche A abstocken, zersägen und in ihrem Walde lagern liess, von wo B und C den zersägten Baum sammt Geäste wieder fort und zu sich schafften.

Der von A gegen B und C wegen Störung im Besitze der Fichte eingebrachten Klage wurde von der I. J. stattgegeben.

Das OLG hat den Endbescheid abgeändert und das Klagebegehren abgewiesen. Denn wird in dem vorliegenden Streitfalle der factische Besitzstand erörtert, so kann derselbe nicht auf den Baum allein Bezug haben, sondern massgebend muss der Umstand der factischen Besitzesausübung an jenem Grundtheile sein, auf welchem die streitige Fichte vor ihrer Abstockung stand. Dem entsprechend hat Klägerin ihre Klage auch mit der Behauptung eingeleitet, sie sei Eigenthümerin des Waldes „za bajerjem“ und sei in diesem ihrem Walde die fragliche Fichte gestanden, welche sie ausdrücklich als ihr Eigenthum bezeichnet. Hiebei ist jedoch zu constatiren, dass die Klägerin im Verlaufe der Verhandlung selbst angab, dass sie die Grenze zwischen ihrem und dem Walde des Zweitgeklagten nicht genau zu bezeichnen wisse, dass von Seite der Beklagten behauptet wurde, die fragliche Fichte sei im Walde des Zweitgeklagten gestanden und dass es sonach Sache der Klägerin war, ihren letzten factischen Besitz auf den — bei sinngemässer Auffassung der vorliegenden Klage — das eigentliche Streitobject bildenden Grundtheil, worauf die fragliche Fichte stand, zu erweisen. Diesen Beweis hat Klägerin nicht erbracht. Abgesehen davon, dass sie selbst zugestand, positive Behauptungen bezüglich der Abgrenzung der beiderseitigen Waldantheile nicht anführen zu können, fällt hier auch

das Ergebniss des durchgeführten Zeugenbeweises in Betracht. Klägerin hat sich darauf berufen, dass der Erstgeklagte vor circa drei Jahren die fragliche Fichte selbst als ihr gehörig bezeichnete. Diese Behauptung wurde aber von den geführten Zeugen nicht bestätigt. Andere Umstände, welche Besitzausübungen seitens der Klägerin am fraglichen Grundtheile darthun würden, hat dieselbe nicht angeführt. Es fehlt sonach die erste Voraussetzung der Besitzstörungsklage, der Nachweis des angeblich gestörten Besitzes, weshalb die Klage abzuweisen war.

Der OGH hat dem Revisionsrecurse Folge gegeben und den bezirksgerichtlichen Endbescheid dahin bestätigt, dass die Klägerin zwar nicht im Besitze der Fichte, welche sie im Monate Jänner 1891 im Walde „za bajerjem“ abstocken, in Theile zersägen und abästen liess, sondern im Besitze der hieraus gewonnenen Holzklötze und Aeste geschützt und den Beklagten nebst dem Auftrage zur Rückstellung dieser Holzklötze und Aeste auf den Platz im Walde, von welchem sie dieselbe weggeführt haben, jede weitere Störung der Klägerin im Besitze dieser Hölzer untersagt werde. Diese E. stützt sich auf nachstehende Erwägungen: Aus der Verhandlung ergibt sich unzweifelhaft, dass die Klägerin den Schutz im Besitze jener im Walde „za bajerjem“ aufgeschlichteten Holzklötze und Aeste beansprucht, welche aus der an der Grenze ihres und des gegnerischen Waldes im Jänner 1891 geschlägerten und zersägten Fichte gewonnen und von den Beklagten im März 1891 weggeführt wurden. Wenn das Klagebegehren nicht auf Schutz im Besitze dieser Holzklötze und Aeste, sondern auf Schutz im Besitze der Fichte gerichtet ist, so beruht dies lediglich auf einer unrichtigen Benennung des Objectes, aus dessen Besitz die Klägerin widerrechtlich entsetzt worden zu sein behauptet, indem die Fichte als solche, nämlich als Waldbaum, in Folge der Schlägerung und Zersägung zu existiren aufgehört hat und daher als Object eines Besitzesschutzes nicht mehr in Frage kommen kann. Diese unrichtige Ausdrucksweise kann jedoch eine dem Sachverhalte entsprechende Berichtigung nicht behindern und dem klägerischen Anspruche nicht abträglich sein. Die Thatsachen, dass die Klägerin die Fichte abstocken, zersägen und die daraus gewonnenen Klötze und Aeste auf ihrem Waldgrunde aufschlichten liess, und dass dieselben sohin von den Beklagten weggeführt wurden, sind von den Letzteren zugestanden, somit für erwiesen zu halten. Daraus ergibt sich nun einerseits, dass die Beklagten den Besitz des Fichtenbaumes verloren haben, weil durch die Umstaltung einer körperlichen Sache, ohne die Möglichkeit ihrer Rückversetzung in die frühere Gestalt, Besitzverlust corpore eintritt; und andererseits, dass die Klägerin durch das Abstocken und Zersägen des Fichtenbaumes und durch die Fortschaffung der daraus gewonnenen Bestandtheile auf ihren Waldgrund in den factischen Besitz dieser Bestandtheile getreten, dieses Besitzes aber durch das Wegführen derselben vom Ablagerungsplatze seitens der Be-

klagten wieder entsetzt worden ist. Hienach erscheint es nun belanglos, die Frage über die von den Beklagten eingewendete Unechtheit des klägerischen Besitzes zu erörtern, weil auf eine Zurücksetzung in die vorige Lage, wozu der unechte Besitzer gemäss § 346 ABG verpflichtet ist, nicht erkannt, das Klagebegehren also deshalb nicht abgewiesen werden könnte. Aber auch angenommen, die Klägerin hätte sich in den Besitz der Fichte widerrechtlich eingedrängt und die Beklagten würden sich mit der Erlangung der aus der Fichte gewonnenen Hölzer begnügen, so müsste ihr Vorgehen als eine nach §§ 19 und 341 ABG unerlaubte Selbsthilfe angesehen werden, und wäre demnach nicht geeignet, die Abweisung des Klagebegehrens zu rechtfertigen. Bei dieser Sach- und Rechtslage musste daher in der Wegführung der erwähnten Hölzer seitens der Beklagten ein gesetzwidriger Eingriff in den klägerischen Besitz erkannt und demgemäss der dem Klagebegehren stattgebende erstrichterliche Endbescheid mit der oben ausgesprochenen Modification wieder hergestellt werden.

2707.

Bescheide, womit eine nach dem Gesetze vom 21. April 1882, RGB Nr. 123, unzulässige Execution bewilligt wird, können durch die Unterlassung der Beschwerde nicht in Rechtskraft erwachsen.

E. v. 6. April 1892, Z. 4060. — (JMB 762 ex 92, Seite 88.)

Auf Grund eines gerichtlichen Vergleiches suchte die Vormundschaft des unehelichen Kindes A zur Einbringung des Alimentationsbetrages für 8 Monate à 2 fl. und der Executionskosten um Einantwortung und Erfolglassung der vom Executen B, Ablösewächter der Staatsbahn, bezogenen Entlohnung von jährlichen 288 fl. an.

Diesem Begehren wurde erstrichterlich Folge gegeben. Die Finanzprocuratur in Vertretung des hohen Aerars suchte mit einer beim OLG unmittelbar eingebrachten Eingabe um Aufhebung des erstrichterlichen B. als gesetzwidrig an, da in dem vorliegenden Falle die Bestimmungen des Ges. vom 22. April 1882, RGB Nr. 123, Anwendung finden, wonach gemäss § 1, Abs. 2 bei Alimentationsforderungen nur die 300 fl. übersteigenden Bezüge der Execution unterliegen. Nach eingeholter Berichterstattung des ersten Richters fand das OLG den gerichtsordnungswidrig unmittelbar in II. J. eingebrachten Nullitätsrecurs der Finanzprocuratur zurückzuweisen, weil der angefochtene B. längst in Rechtskraft erwachsen ist und es Sache der zuständigen Eisen-Betriebsdirection ist, falls der Durchführung der bewilligten executiven Einantwortung gesetzliche Hindernisse im Wege stehen, hievon das betreffende Gericht I. J. in Kenntniss zu setzen.

Ueber den Hofrecurs der Finanzprocuratur fand der OGH mit Abänderung der angefochtenen oberlandesgerichtlichen E. den erstrichterlichen B. als ungesetzlich aufzuheben und dem ersten Richter zu verordnen,

das Executionsgesuch der Vormundschaft des A, als gegen die Bestimmungen des Ges. vom 21. April 1882, RGB Nr. 123, verstossend, der Einschreiterin rückzustellen und dies in der Erwägung, dass dieses Gesetz auf alle im Dienste des Staates stehenden Personen, somit auch auf B in seiner Eigenschaft als Ablösewächter der Staatsbahnen Anwendung zu finden hat; dass nach § 1, Abs. 2 dieses Gesetzes im Falle einer Execution auf Leistung des aus dem Gesetze gebührenden Unterhaltes die Execution der Beschränkung unterliegt, dass dem Executen ein Jahresbezug von 300 fl. frei bleiben muss, daher, da laut Mittheilung der Finanzprocuratur B nur eine Entlohnung jährlicher 288 fl. bezieht, die auf dieselbe vom Vormunde des Kindes A zur Einbringung rückständiger Alimentationsraten angesuchte Execution nicht zu bewilligen war; dass das Ges. vom 21. April 1882, RGB Nr. 123, auf der Rücksicht für den durch unbeschränkte Executionsführungen in die Bezüge der Bediensteten gefährdeten öffentlichen Dienst beruht, und da die Anwendung dieses Gesetzes nach § 7 desselben durch ein zwischen dem Executionsführer und dem Executen getroffenes Uebereinkommen weder ausgeschlossen noch beschränkt werden darf, es auch nicht zulässig sein kann, die Anwendung dieses Gesetzes durch Unterlassung von Beschwerden gegen solche B., welche gegen dieses Gesetz verstossen, zu vereiteln, daher auch derartige B., weil dieselben offenbar nichtig sind und gegen das öffentliche Interesse verstossen, niemals in Rechtskraft erwachsen können; und dass es keinem begründeten Zweifel unterliegen kann, dass die Finanzprocuratur berechtigt ist, das Aerar als Eigenthümer der Staatsbahnen zu vertreten und von unteren Instanzen erlassene, das Interesse des Eisenbahndienstes gefährdende B., wie im vorliegenden Falle, über Anregung der Eisenbahn-Betriebsdirection zur Kenntniss der Oberbehörde zu bringen, damit die entsprechende Remedur ertheilt werde.

2708.

Die Eidesantretung ist als rechtzeitig eingebracht anzusehen, wenn trotz der späteren Behebung des Urtheils in III. J. der Absatz puncto Eideszulassung unberührt blieb.

E. v. 6. April 1892, Z. 4182. — (Sp. IV ex 92, Seite 258.)

I. B Tarnopol.
II. OLG Lemberg.

Die I. J. stellte mit B. vom 9. December 1891 das Gesuch des B vom 11. August 1891, womit er den ihm mit U. II. J. vom 23. Juni 1891 vorbehaltenen Haupteid antrat, als gegenstandslos zurück und erklärte zugleich über das Gesuch des A vom 7. December 1891 die Frist zur Antretung des mit U. vom 31. Jänner 1891 dem B auferlegten Haupteides

für präcludirt und diesen Eid für erloschen, weil der OGH mit U. vom 7. October 1891 das U. II. J. vom 23. Juni 1891 behoben und das U. I. J. vom 31. Jänner 1889 im Ganzen wieder hergestellt und B wohl während des Revisionszuges den mit dem nicht mehr existirenden U. II. J. zugelassenen HauptEid angetreten, die Frist zur rechtzeitigen Antretung des mit dem erstgerichtlichen vom OGH bestätigten U. vorbehaltenen Haupteides nach Zustellung des U. III. J. aber versäumt hat.

In II. und III. J. wurde verordnet, das Eidesantretungsgesuch des B anzunehmen und darüber die Eidestagfahrt zu bestimmen, weil es unrichtig ist, dass mit dem U. des OGH vom 7. October 1891 das U. der II. J. im Ganzen abgeändert worden ist, weil vielmehr jener Theil desselben, mit welchem der in I. J. sententionirte Haupteid zugelassen war, nicht Gegenstand der Revisionsbeschwerde sein konnte und im oberstgerichtlichen U. unberührt blieb, und bei dieser Sachlage B diesen Haupteid nach Zustellung des U. der II. J. in der gesetzlichen Frist anzutreten verpflichtet war.

2709.

Die Anwendung des § 1425 des ABG ist auch in den Fällen, von denen der Art. 343 des HGB spricht, nicht unbedingt ausgeschlossen.

E. v. 6. April 1892, Z. 4198. — (GH 52 ex 92, Seite 443.)
I. BG Ebreichsdorf.
II. OLG Wien.

Ueber das Gesuch der k. k. priv. Baumwollspinnerei und Zwirnerei in P. hat die I. J. derselben gegen Johann H., Inhaber einer Weberei und Bleicherei in W., gemäss Art. 343 HGB und § 1425 ABG die gerichtliche Sequestration der im Gesuche bezeichneten 400 Ballen Flachsgarn bewilligt, als gerichtlichen Sequester Anton R. in P. bestellt und die Einführung des Sequesters dem Gerichtsvollzieher gegen Bericht aufgetragen.

Den Recurs des Johann H. hat die II. J. abgewiesen; dies in der Erwägung, dass es sich laut den Gesuchsausführungen um ein beiderseitiges Handelsgeschäft (Lieferungsgeschäft) handelt, auf welches die Vorschriften des vierten Buches des HGB und wegen angeblichen Verzuges des belangten Käufers mit der Empfangnahme der Waare insbesondere Art. 343 HGB und keineswegs § 1425 ABG Anwendung zu finden haben;

in weiterer Erwägung, dass der Verkäufer im Falle nachweisbaren Verzuges des Käufers nach Art. 343 HGB berechtigt ist, die Waare auf Gefahr und Kosten des Käufers in einem öffentlichen Lagerhause oder bei einem Dritten niederzulegen, eine gerichtliche Ingerenz hiebei jedoch gesetzlich nicht begründet, vielmehr, ebenso wie bei dem im Art. 343 HGB vorgesehenen öffentlichen Verkaufe, ausgeschlossen ist.

Ueber den Revisionsrecurs der k. k. priv. Baumwollspinnerei und Zwirnerei in P. hat der OGH den erstrichterlichen B. in der Erwägung wieder herzustellen befunden, dass der § 1425 ABG auf alle Fälle Bezug hat, in welchen eine schuldige Leistung nicht abgestattet werden kann, dass die Anwendung desselben auch in den Fällen, von denen der Art. 343 HGB spricht, nicht unbedingt ausgeschlossen erscheint, über die Rechtmässigkeit der Hinterlegung oder Uebergabe in die Verwahrung aber nicht bei E. des auf § 1425 ABG gestützten Verlangens, sondern erst im ordentlichen Processwege zu entscheiden ist.

2710.

Uebersteigen die Legate für die Armen die vom Reinwerthe des Nachlasses entfallende Fondsgebühr, so ist diese nicht einzuheben, auch wenn nach Abzug der Legate ein Activum der Masse verbleibt.

E. v. 6. April 1892, Z. 4261. — (NZ 23 ex 92, Seite 156.)

I. BG Ottakring.
II. OLG Wien.

In der Verlassenschaftsabhandlung nach Johann N. hat die I. J. ausgesprochen, dass eine Bemessung der Beiträge zum Versorgungsfonde in Wien von dem ermittelten reinen Nachlasse des Johann N. per 24·600·86 fl. mit Rücksicht auf die der Gemeinde Wien vermachten Beträge per 9000 fl. und 2000 fl. nicht erfolge.

Dem Recurse des Magistrates Wien in Vertretung des Wiener allgemeinen Versorgungsfondes hat die II. J. Folge gegeben und den in Beschwerde gezogenen B. dahin abgeändert, dass von dem nach Abzug der im Abs. 2 lit. a des erblasserischen Testamentes vom 8. October 1891 erwähnten Legatsbeträgen per 9000 fl. und per 2000 fl., deren Zinsen in den dort vorhergesehenen Fällen jedenfalls den Armen der Gemeinde Wien zugute kommen, verbleibenden reinen Nachlasse des Johann N. im Betrage von 13.600 fl. ein Beitrag von 136 fl. zum Wiener allgemeinen Versorgungsfonde bemessen wird; dies in der Erwägung, dass das Hofkanzleid. vom 26. Jänner 1843, JGS Nr. 677, welches sich seinem ganzen Inhalte nach als eine Erläuterung darstellt, den Gedanken zum deutlichen Ausdrucke bringt, dass ein von einem Erblasser zur Verwendung für wohlthätige Zwecke gewidmetes Vermögen nicht noch einmal zu dem vom Gesetze in Ermanglung eines Wohlthätigkeitsactes des Erblassers geförderten wohlthätigen Zwecke der Armenpflege herangezogen werden soll, dass dieser Erläuterung offenbar entgegen gehandelt würde, wenn von dem vorliegenden reinen Nachlasse nicht die beiden oberwähnten Legatsbeträge per 9000 fl. und per 2000 fl. in Abzug gebracht würden, indem diese Beträge, wenn sie auch zunächst der Gemeinde Wien legirt erscheinen, in Folge der weiteren letztwilligen Anordnung des Erblassers: „dass die

Zinsen dieser Beträge in den von ihm ausdrücklich bestimmten Fällen den Armen auszutheilen sind", doch im Sinne des Hofd. vom 30. August 1806, JGS Nr. 782, dem Armeninstitute Wiens in letzter Linie zugute kommen, es daher nicht angeht, von diesen Beträgen noch eine weitere, dem Wiener allgemeinen Versorgungsfonde zugute kommende fromme Legatsgebühr zu bemessen; und dass endlich kein Grund vorliegt, von dem Nachlasse per 13.600 fl. im Sinne des letztcitirten Hofd. eine Gebühr zum Wiener allgemeinen Versorgungsfonde nicht zu bemessen.

Dagegen brachte der Erbenmachthaber den Revisionsrecurs ein und machte in demselben geltend: Nach dem Hofd. vom 30. August 1806, JGS Nr. 782, dem Erlasse des niederösterreichischen Appellationsgerichtes vom 16. September 1842, Nr. 10719, und verschiedenen oberstgerichtlichen E., insbesondere jener vom 16. April 1889, Z. 3951 (NZ Nr. 24 vom Jahre 1889), ist der den Armen zugedachte Legatsbetrag von der dem allgemeinen Versorgungsfonde zukommenden Abgabe in Abschlag zu bringen. Nun würde diese vom Nachlasse per 24.600·86 fl. 246 fl. betragen; die den Armen legirten Beträge sind aber 11.000 fl., und wenn auch hievon ein entsprechender Betrag zur Graberhaltung ausgeschieden wurde, so verbleibt noch immer ein den Versorgungsfondsbeitrag von 246 fl. mindestens um das Vierzigfache übersteigender Legatsbetrag rein zu Armenzwecken. Es ist daher der Betrag von 246 fl. durch das Legat berichtigt. Das Hofd. vom 26. Jänner 1843, JGS Nr. 677, ist speciell an das mährisch-schlesische Appellationsgericht ergangen und gibt nur eine Erläuterung darüber, welche Abzugsposten bei der Fondsgebührenbemessung zugelassen werden. Es spricht nicht von einem den Localarmen, dem localen Armenfonde zugewendeten Legate, sondern von Legatsbeträgen, welche im Allgemeinen für wohlthätige Zwecke bestimmt sind. Zweck des Gesetzes ist, dass den Ortsarmen aus jeder Verlassenschaft eine Abgabe zufällt.

Der OGH hat den erstrichterlichen B. wieder herzustellen befunden; denn wie schon das OLG richtig dargestellt hat, sind die Beträge von 9000 fl. und 2000 fl. im Sinne des Hofd. vom 30. August 1806, JGS Nr. 782, als dem Armeninstitute legirt zu betrachten, nach der weiteren ausdrücklichen Anordnung dieses Hofd. und des Erlasses des niederösterreichischen Appellationsgerichtes vom 16. September 1842, Nr. 10719, sind aber solche Legate von dem vom reinen Verlassenschaftsvermögen zu bemessenden Beitrage zum Versorgungsfonde abzuschlagen, wonach im vorliegenden Falle, wo dieser Beitrag von dem Legate per 11.000 fl. überschritten wurde, die Entrichtung eines weiteren solchen Beitrages nicht stattzufinden hat.

2711.

Ob die auf Grund eines urtheilmässig ergangenen Auftrages gelegte Rechnung diesem Auftrage entspricht, ist nicht von Amtswegen zu prüfen.

E. v. 6. April 1892, Z. 4312. — (Práv. XI ex 92, Seite 381.)

Ueber die Klage der Firma A wurde B schuldig erkannt, binnen dreissig Tagen bei sonstiger Execution Rechnung darüber zu legen, wem er die im Jahre 1875 seitens der A ihm zugeschickten Bilder einzeln geliefert und welche Beträge er hiefür und wann er dieselben von den Uebernehmern in Empfang genommen hat. Dieses U. erwuchs in Rechtskraft und B legte auch innerhalb der gestellten Frist die Rechnung, worin er im Allgemeinen angab, dass alle in der Rechnung aufgeführten Zahlungen im Laufe der Jahre 1875 und 1876 in Monatsraten abgestattet wurden.

Hierüber hat die I. J. ein Pare der Rechnung der Gegenseite zugestellt und zur Vernehmung der Parteien behufs Festsetzung der Frist zur Erstattung der Mängel eine Tagfahrt anberaumt; über Recurs der A wurde diese E. seitens des Oberrichters dahin abgeändert, dass besagte Rechnung, als dem im obigen U. enthaltenen Auftrage nicht entsprechend, dem B zurückgestellt werde, weil B gemäss dieses Auftrages unter Anderem ausdrücklich auch darüber Rechnung zu erstatten hatte, wann er die Zahlung erhielt; diesem Auftrage hat B jedoch nicht entsprochen, indem aus der Rechnung nicht hervorgeht, wann B von den Käufern der besagten Bilder die jeweiligen Kaufpreise für die Firma A in Empfang nahm; diese Daten sind aber unumgänglich erforderlich zur Beurtheilung, ob die Rechnung genehmigt oder mit Erfolg bemängelt werden könne. Die Rechnung war daher als dem gerichtlichen Spruche nicht entsprechend sofort zurückzuweisen.

Ueber Revisionsrecurs des B hat der OGH die E. I. J. wieder hergestellt, in der Erwägung, dass es sich derzeit nicht darum handelt, ob die urtheilsmässig auferlegte Rechnung factisch dem U. entspricht, dass auch nicht von Amtswegen in die Prüfung einzugehen ist, ob der zu irgend einer Leistung Verfällte dieselbe überhaupt und in welcher Art erfüllte, sondern diese Prüfung lediglich dem Berechtigten anheimzugeben ist und insbesondere für den Fall, als dem urtheilsmässigen Auftrage seiner Ansicht nach nicht Genüge geschah, es ihm zu überlassen ist, die zum Schutze seiner Rechte geeigneten Massregeln zu ergreifen.

2712.

Der Commissionär kann die Beschränkung der Rechenschaftspflicht nach Art. 376, Abs. 2 HGB, nur dann in Anspruch nehmen, wenn er wirklich als Selbstkäufer oder Selbstverkäufer eingetreten ist.

E. v. 7. April 1892, Z. 1767. — (JB 30 ex 92, Seite 360.)

I. LG Wien.
II. OLG Wien.

Die von dem protocollirten Wechsler A gegen die Private B erhobene Klage auf Zahlung vnn 1005 fl. s. N. G. wurde von der I. J. abgewiesen.

Gründe:

Dem klägerischen Begehren auf Zahlung eines Saldos von 1005 fl., welchen Kläger aus dem im Auftrage der Geklagten besorgten Kauf und Verkauf von Werthpapieren, und zwar Actien der Ungarischen Waffenfabriksgesellschaft an die Geklagte angeblich zu fordern hat, setzt die Geklagte drei Einwendungen entgegen. Vor Allem die Einwendung, dass das Klagebegehren nicht gehörig substantiirt sei, weiters, dass nicht ein Commissionsverhältniss, sondern ein nicht klagbares Differenzspiel vorliege und dass, selbst wenn zwischen dem Kläger und der Geklagten ein Commissionsverhältniss bestanden hätte, die letztere der ihr obliegenden Verpflichtung nachgekommen wäre. Alle diese Einwendungen erscheinen nach der Acten- und Sachlage vollkommen begründet. Bei Beurtheilung eines Vertrages muss vor Allem die Absicht der Contrahenten und der Endzweck in's Auge gefasst werden. Wird dieser Rechtsgrundsatz auf den vorliegenden Streitfall in Anwendung gebracht, so leuchtet schon aus den Klagsbeilagen hervor, dass es nie die Absicht der Geklagten war, die genannten Actien zu kaufen oder zu verkaufen und dass der Kläger nie ernstlich daran dachte, in seiner Eigenschaft als Commissionär diese Transaction durchzuführen, sondern dass vielmehr die Absicht auf die durch Steigen oder Fallen der Curse entstehende Differenz gerichtet war. Ohne diesfalls erst eines Beweises durch Sachverständige zu bedürfen, zeigen die Klagsbeilagen solche Mängel und Abweichungen von der Correspondenz und Buchführung eines Kaufmannes mit seinem Committenten, dass schon aus diesem Grunde die Einwendung der Geklagten, dass lediglich ein nicht klagbares Differenzspiel (§§ 1272 und 1273 ABG) vorliege, voll begründet erscheint. In den seitens des Klägers der Geklagten zugefertigten Aufschreibungen, womit die Vollführung der von der Geklagten zugestandenermassen unterfertigten schriftlichen Aufträge zum Ankaufe, beziehungsweise zum Verkaufe von Werthpapieren angezeigt wurde, vermisst man die Berechnung des beim Ein- und Verkauf der Werthpapiere von dem Kläger ausgelegten Betrages, die Anzeige, wo sich die gekauften Papiere befinden, mit einem Worte eine ordentliche kaufmännische Ver-

rechnung. Insbesondere mangelhaft erscheint der der Klage angeschlossene Conto, da derselbe der Anforderung, dass ein Conto ein getreues Bild der zwischen einem Kaufmanne und seinem Committenten stattgehabten Geschäftsverbindung bieten solle, in keiner Weise entspricht, indem in demselben lediglich die von der Geklagten dem Kläger gegebenen sogenannten Deckungsbeträge und die aus dem Kaufe und Verkaufe der Waffenfabriksactien sich ergebenden Differenzen theils zu Gunsten, theils zu Lasten der Geklagten verbucht sind, während correcter Weise die Abwicklung jedes einzelnen Geschäftes klar aus dem Conto zu ersehen sein muss. Aber auch die beiden anderen Einwendungen der Geklagten sind vollberechtigt. Der Kläger vermeidet es, einen Beweis darüber anzubieten, welchen Betrag er in Ausführung der ihm von seiner Committentin ertheilten Aufträge ausgelegt habe, indem er behauptet, dass er seine Pflicht, Rechenschaft zu geben, gemäss Art. 376 HGB dadurch erfüllt habe, dass er der Geklagten die angeblich gekauften oder verkauften Papiere innerhalb des Curses des jeweiligen Kaufs- oder Verkaufstages berechnet. Diese ausnahmsweise Anwendung des Art. 376 HGB greift im vorliegenden Falle nicht Platz, denn der Kläger hat nirgends behauptet oder sich zu beweisen erboten, dass er als Verkäufer die Werthpapiere liefern oder als Käufer dieselben für sich behalten wollte, im Gegentheile bietet er ausdrücklich Beweise darüber an, dass er an der Börse für die Geklagte gekauft und verkauft habe. Er vermeidet es aber, anzugeben, zu welchem Curse er gekauft und verkauft habe. Die Geklagte hat daher mit Recht die Art der Eidesauftragung über die einzelnen Geschäfte in der Klage gerügt, denn diese Eide qualificiren sich nach ihrem Inhalte als Selbsteide und könnte auf dieselben niemals abgegangen werden. Auch der vom Kläger in der Replik angebotene Beweis durch den Haupteid darüber, dass die Geklagte ihm den Auftrag ertheilt habe, die Papiere „in die Kost“ zu geben, vermag die Einwendungen der Geklagten nicht zu erschüttern, denn es ist, selbst wenn dieser Umstand erwiesen würde, damit durchaus nicht erhärtet, dass hier ein Commissionsgeschäft und kein Börsenspiel vorliege. Für letztere Anschauung spricht insbesondere der von der Geklagten unterfertigte Auftrag vom 2. Juli 1890, in welchem von à la hausse habenden Papieren und in bianco Verkauf die Rede ist. Aus diesen Ausdrücken ist deutlich zu entnehmen, dass es sich bei der zwischen den Streittheilen bestandenen Verbindung nicht um ein wirkliches Kaufen und Verkaufen von Werthpapieren handelte, sondern lediglich um ein Spiel mit diesen Papieren.

Die gegen dieses U. von dem Kläger ergriffene Appellation wurde von der II. J. zurückgewiesen.

Gründe:

Erwägt man, dass aus den Angaben beider Theile und den vom Kläger allegirten Belegen hervorgeht, dass die Geklagte eine Ablieferung

der angeblich für ihre Rechnung vom Kläger angekauften Actien der Ungarischen Waffen- und Munitionsfabriks-Actiengesellschaft nicht verlangt, dass letzterer sich hiezu auch nicht erboten hat, und eine solche Ablieferung in der That nie erfolgte; erwägt man, dass in den vom Kläger der Geklagten zugesendeten Abrechnungen stets nur die Differenz zwischen den Cursen des An- und Verkaufstages sowie umgekehrt zum Ausdrucke kommt, und dass insbesondere laut des der Klage beigeschlossenen Buchauszuges, abgesehen von den dem Kläger seitens der Geklagten baar zugekommenen Deckungsbeträgen, nur diese Differenzen, nicht aber die anlässlich der angeblich effectuirten Käufe und Verkäufe ausgelegten, rücksichtlich vereinnahmten Beträge gebucht erscheinen; erwägt man endlich, dass der Kläger mit sich selbst in Widerspruch geräth, indem er einerseits zwar behauptet, er hätte die in Rede stehenden Käufe und Verkäufe stets sofort an der Börse effectuirt, es aber unterlässt, den Kauf- respective Verkaufspreis anzuführen, andererseits hingegen sich darauf beruft, es obliege ihm als Selbstcontrahenten nur der beschränkte Nachweis im Sinne des Art. 376, Abs. 2 HGB, und dass der Commissionär, welcher die Commission durch Abschluss mit einem Dritten ausgeführt, und dies dem anderen Contrahenten — wenn auch erst im Laufe des Processes — erklärt hat, nicht mehr befugt ist, sich auf den Nachweis im Sinne des Art. 376, Abs. 2 HGB. zu beschränken, vielmehr Rechenschaft im Sinne des Art. 361 HGB zu geben hat, so erscheint kein Beweis dafür erbracht, dass Kläger jene Differenzen, deren Ersatz er begehrt, für die Geklagte auch wirklich bezahlt habe (Art. 371 HGB) und erscheint vielmehr die Annahme des ersten Richters, dass es sich bei der zwischen den Streittheilen bestandenen Verbindung nicht um ein Effectivgeschäft, sondern lediglich um ein auf Differenzgewinn abzielendes Börsenspiel im Sinne der §§ 1271 und 1272 ABG zwischen den Streittheilen gehandelt habe, vollkommen begründet. Kläger ist demnach nicht berechtigt, einen Anspruch auf Grund des Art. 371 HGB gegen die Geklagte zu erheben, und steht dem auch nicht entgegen, dass die Geklagte ihre auf den Zetteln, in welchen sie dem Kläger Kaufs- respective Verkaufsaufträge ertheilt, ersichtlichen Unterschriften als echt anerkannt, und dass sie die ihr vom Kläger zugekommenen Anzeigen und Abrechnungen angenommen hat, ohne hiegegen ausdrücklich zu remonstriren, weil durch diese Handlungen und Unterlassungen der Geklagten die rechtliche Natur der in Rede stehenden, aus einem Börsespiel entstandenen Forderung nicht verändert wird, und gemäss § 1351 ABG Verblindlichkeiten, welche niemals zu Recht bestanden haben, weder übernommen noch bekräftigt werden können.

Die von dem Kläger ergriffene a. o. Revision wurde von dem OGH mit der weiteren Begründung zurückgewiesen, dass die Buchung und Rechnung des Klägers keineswegs jene Eintragungen aufweist, welche der commissionsweisen Durchführung von Käufen und Verkäufen entsprechen und

sich seitens des Klägers auf die Hervorhebung der Differenz beschränkt wird, zu deren Rechtfertigung die Cursnotirungen der betreffenden Börsetage herangezogen werden, dass der Kläger, welcher nicht seinen Eintritt als Selbstcontrahent angezeigt hat, sich vielmehr in der Klage auf die Behauptung stützt, dass er in Vollziehung der ihm ertheilten Aufträge die Käufe und Verkäufe auf der Börse effectiv ausgeführt habe, nicht gemäss Abs. 2 des Art. 376 HGB für den Selbstcontrahenten eingetretenen Commissionär geltende Bestimmung in Anwendung bringen könnte, sondern wie jeder andere Commissionär über das thatsächliche Ergebniss der vollzogenen Käufe und Verkäufe und die hiebei erzielten Preise ordentlich Rechnung zu legen gehabt hätte, dass endlich die Entgegennahme der der Geklagten zugemittelten Anzeigen sich nicht einer endgiltigen Genehmigung gleichhalten lässt.

2713.

Gegen einen auf administrativem Wege erfolgten Abstrich von den im Früchtenseparationsprotocolle über die Administration eines erledigten Pfarrbeneficiums aufgerechneten Verwaltungskosten kann im ordentlichen Rechtsverfahren Abhilfe nicht gesucht werden.

E. v. 7. April 1892, Z. 3909. — (GZ 38 ex 92, Seite 302.)

I. LG Prag.
II. OLG Prag.

Mit dem Statthalterei-Erlasse vom 23. Jänner 1889, Nr. 114260, wurden die in das über die Administration des erledigten Pfarrbeneficiums in G. vom ernannten Administrator P. A. vorgelegte, allseits gefertigte und von der zuständigen Bezirkshauptmannschaft coramisirte Früchtenseparationsprotocoll eingestellten Schnitt-, Fechsungs- und Abdruschkosten im Ganzen um 361·55 fl. herabgesetzt und blieb die von dem hiedurch sich für beschwert erachtenden Pfarradministrator dagegen überreichte Vorstellung erfolglos. Nunmehr überreichte der Letztere gegen den böhmischen Religionsfond bei dem LG Prag eine Klage mit nachstehender Schlussbitte: „Der böhmische Religionsfond sei schuldig, anzuerkennen, dass die in dem Früchtenseparationsprotocolle vom 15. Juli 1887 über die Administration der Pfarre G. während der Zeit vom 16. Juni 1883 bis 1. October 1884 von ihm (Kläger) aufgerechneten Schnitt-, Fechsungs- und Abdruschkosten, und zwar: im Wirthschaftsjahre 1883 beim Korn mit 116·73 fl., beim Hafer mit 94·30 fl., bei Erdäpfeln mit 25·30 fl.; im Wirthschaftsjahre 1884 beim Korn mit 259·40 fl., beim Hafer mit 124·30 fl., bei Erdäpfeln mit 24·80 fl., beim Heu mit 84·42 fl. und beim Grummet mit 60·34 fl. richtig seien, und sei schuldig, zu gestatten, dass die aufgerechneten Beträge in dem Früchtenseparationsprotocolle anstatt der von dem Rechnungsdepartement der Statthalterei adjustirten niedereren Beträge einge-

setzt und in dem weiteren Verfahren zu Grunde gelegt werden, und es habe schliesslich der Religionsfond die Strittkosten binnen 14 Tagen zu bezahlen.“ — Zur Begründung der Gerichtszuständigkeit führte der Kläger an, dass die durch Mitfertigung des Früchtenseparationsprotocolles erfolgte Anerkennung der Höhe der darin angeführten Schnitt-, Fechsungs- und Abdruschkosten seitens der erbserklärten Universalerbin des Antecessors, sowie auch jene des Successors nur noch bedinge, dass auch der dritte Percipient des Intercalarerträgnisses, nämlich der böhmische Religionsfond, gegen seine Weigerung verhalten werde, den von ihm gemachten höheren Aufwand anzuerkennen, dass der von der Statthalterei als Aufsichtsbehörde der Pfründenvermögensverwaltung erfolgte Abstrich für ihn einen Vermögensnachtheil bedeute, dessen er sich gegen den hiedurch begünstigten Religionsfond erwehren müsse, und dass sohin lediglich vermögensrechtliche Fragen vorliegen, welche gemäss § 38, Abs. 2, des Ges. vom 7. Mai 1874, RGB Nr. 50, von den o. Gerichten nach den Bestimmungen des ABG zu lösen sind. Gegen die aufrecht verbeschiedene Klage erhob der von der Finanzprocuratur vertretene Religionsfond die Einwendung der absoluten und relativen Gerichtsunzuständigkeit.

Die I. J. hat die Zulassung der Einwendung der absoluten Gerichtsunzuständigkeit und dementsprechend die Abweisung der Klage mit dem darin gestellten Schlussbegehren in folgender Weise begründet: Nach den bestehenden Verwaltungsvorschriften liegt dem Administrator eines erledigten Pfarrbeneficiums ob, gemeinschaftlich mit den Erben des Antecessors und dem Successor die Früchte und Erträgnisse des Beneficiums in dem Jahre, wo es erledigt war, zu erheben, die Antheile, welche von den im canonischen Jahre eingesammelten Früchten auf den abgetretenen Beneficiaten, auf den Nachfolger und das Intercalare entfallen, zu ermitteln, nach beendeter Administration hierüber das vorgeschriebene Früchtenabsonderungsprotocoll zu verfassen und dasselbe sohin der Genehmigung der Statthalterei vorzulegen, welche die Prüfung desselben durch sein Rechnungsdepartement verfügt. Erst nachdem das Früchtenseparationsprotocoll genehmigt, beziehungsweise die gemachten Anstände behoben worden sind, hat der Temporalienadministrator gemäss dem in der Provinzialgesetzsammlung für Böhmen ex anno 1828 unter Nr. 71 kundgemachten Gubernialdecrete vom 18. April 1828, Z. 13295, auf Grund des im administrativen Wege adjustirten Separationsprotocolles die Intercalarrechnung, deren Inhalt nur mehr die Empfänge und Ausgaben für den Intercalarfond bilden, zu legen und gleichzeitig mit dieser Rechnung auch den in seinen Händen etwa noch verbliebenen, bis dahin nicht abgeführten Rest der Intercalarnutzungen zu erlegen. Der Administrator der Temporalien eines erledigten Pfarrbeneficiums wird zwar vom zuständigen Ordinariate ernannt, doch muss dasselbe den bestimmten Temporalienverwalter der Regierung namhaft machen, damit dem Staate, der als Tutor über das ge-

sammte Kirchenvermögen zu walten hat, die Möglichkeit, von dem ihm zustehenden Rechte, falls er es für nothwendig halten sollte, einen zweiten Verwalter zur Wahrung der Intercalarinteressen zu ernennen, nicht benommen werde. Der von jeher geltende Grundsatz, dass der Staat als Tutor über das Kirchenvermögen zu wachen habe, gelangte in neuerer Zeit auch im § 38 des Ges. vom 9. Mai 1874, RGB Nr. 50, welcher bestimmt, dass für die Gebahrung mit dem Kirchenvermögen als Regel gilt, dass dasselbe den für gemeinnützige Stiftungen bestehenden staatlichen Schutz geniesse, zur Codification. Hiernach war Kläger, der mit staatlicher Zustimmung auf Grund des öffentlichen Rechtes bestellte Temporalienadministrator des erledigten Pfarrbeneficiums G. und ist kraft seiner kirchenämtlichen Stellung nach den diesfalls bestehenden politischen Vorschriften auch dem Staate gegenüber und dem von ihm verwalteten Religionsfonde verantwortlich, haftbar und rechnungspflichtig. In dieser seiner Eigenschaft hat nun Kläger das Früchtenseparationsprotocoll ddto. 15. Juli 1887 über die Verwaltung des Pfarrbeneficiums G. während der Sedisvacanz verfasst und der staatlichen Genehmigung unterbreitet. Ueber die Natur der Separationsprotocolle von geistlichen Pfründen gibt das in der Sammlung politischer Gesetze und Verordnungen Kaisers Ferdinand I. für sämmtliche Provinzen des österreichischen Kaiserstaates mit Ausnahme von Ungarn und Siebenbürgen ex anno 1838 sub Nr. 12 kundgemachte Hofd. vom 29. Jänner 1838 näheren Aufschluss. Gemäss dieses Hofkammerd. hat die allgemeine Hofkammer über die Anfrage, ob Recurse über buchhalterisch adjustirte Separationsprotocolle von geistlichen Pfründen stempelpflichtig seien, entschieden: „dass die Separationsprotocolle der geistlichen Pfründenintercalarien den Stufengang eines o. Rechnungsprocesses zur Gänze ausschliessen und nur als Basis der zu legenden Rechnung (i. e. Intercalarrechnung) zu dienen haben, dass sich daher, wenn gegen dieselben binnen der gesetzlichen Frist ein auf grundhältigen Daten beruhender Recurs ergriffen wird, die in jenen Protocollen ausgewiesenen Einkünfte und Ausgaben ganz anders gestalten werden, somit solche Recurse ihrer Natur nach nicht einen vollständig finalisirten Rechnungsprocess, sondern blos als nachträglich erläuternde Belege zu betrachten sind und rücksichtlich dieser Recurse die Bedingungen eintreten, nach welchen sie zufolge der Hofkammerverordnung vom 15. September 1833 stempelfrei sind". Wenn nun auch die Bestimmungen des Hofd. rücksichtlich der Stempelpflicht durch die seither erlassenen Gebührengesetze ausser Wirksamkeit gekommen sind, so blieben dieselben rücksichtlich der Natur der buchhalterischen Adjustirung der Separationsprotocolle und des dagegen ergriffenen Recurses aufrecht. Hiernach bezieht sich die durch das Hofkanzleid. vom 16. Juli 1825, Z. 20703, und Hofkammerd. vom 19. Juli 1825, Z. 27281, kundgemachte allgemeine Norm, dass, falls sich der Rechnungsleger durch die buchhalterische Adjustirung seiner Rechnung

bei der einen oder der anderen Post für beschwert erachtet, es ihm freisteht, gegen die E. innerhalb der gesetzlichen Frist von 6 beziehungsweise 12 Wochen vom Tage des Empfanges derselben den Rechtsweg gegen den Fiscus bei dem Landrechte allein oder zugleich neben diesem den Weg der Gnade bei der Landesstelle zu ergreifen, auf die Adjustirung der Früchtenseparationsprotocolle von erledigten Pfarrbeneficien nicht nur nicht, sondern ist die Betretung des Rechtsweges gegen die buchhalterische Adjustirung des Separationsprotocolles zur Gänze ausgeschlossen, so dass schon aus diesem Grunde die von P. A. erhobene Klage abgewiesen werden musste. Aus dem soeben cit. Hofkammerd. vom 29. Jänner 1838, sowie dem oben bereits berufenen Gubernialrd. vom 18. April 1828, Z. 13295, ergibt sich jedoch weiter, dass der Religionsfond auf Grund der rechtskräftig adjustirten Separation und nach gelegter adjustirter Intercalarrechnung mit dem Ansprüche auf Herausgabe des sich für ihn beziehungsweise das Intercalare ergebenden Antheiles an den Intercalarfrüchten hervortreten kann. Hieraus folgt nun ganz zweifellos, dass die Erlässe der Statthalterei vom 23. Jänner 1889, Nr. 114260, und 5. August 1890, Nr. 80225, mit welchen dem P. A. als gewesenen Temporalienadministrator des G.'er Pfarrbeneficiums die buchhalterische Adjustirung des von ihm vorgelegten Früchtenseparationsprotocolles bekanntgegeben, beziehungsweise derselbe verständigt wurde, dass der von ihm gegen die vorgenommene Adjustirung des Separationsprotocolles eingebrachten Vorstellung keine Folge gegeben worden sei, nicht als die Geltendmachung eines Anspruches des Religionsfonds angesehen, sondern nur als das Erkenntniss der über das Kirchenvermögen Aufsicht habenden staatlichen Administrativbehörde, der Cultusbehörde, aufgefasst werden können. Da nun diese Erkenntnisse der Statthalterei, wenn auch durch dieselben gleichzeitig über die Rechtsansprüche der an der Früchtenseparation betheiligten Personen entschieden wird, als Enuntiationen der Cultusbehörde dem öffentlichen Rechte angehören und deren Anfechtung daher einzig und allein im administrativen Wege zulässig erscheint, so musste der von der Finanzprocuratur noe. des Religionsfondes geltend gemachten Einwendung der gerichtlichen Unzuständigkeit überhaupt stattgegeben werden und wurde daher die Klage des P. A. zur Gänze abgewiesen.

Der dagegen vom Kläger überreichten Appellationsbeschwerde willfahrend, hat das OLG, in Abänderung des angefochtenen U., der Einwendung der Gerichtsunzuständigkeit nach beiden Richtungen hin keine Folge gegeben und dem ersten Gerichte verordnet, nach Rechtskraft dieser E. in der Sache selbst vorzugehen. Hiebei liess sich das OLG von nachstehenden Erwägungen leiten. Die geklagterseits erhobene Einwendung, dass die vorliegende Sache überhaupt nicht zur Competenz der Gerichte gehört, erweist sich nicht als begründet. Denn der Kläger macht im Wesentlichen geltend, dass ihm der Ersatz des Aufwandes gebühre, welchen er

als Verwalter der Temporalien des erledigten Beneficiums G. zur Erzielung eines Ertrages in dem Intercalarjahre gemacht und welchen er unter dem Titel von Schnitt-, Fechsungs- und Abdruschkosten in das von ihm gelegte Früchtenseparationsprotocoll eingestellt, welchen jedoch die Statthalterei in Prag mit der E. vom 23. Jänner 1889, Nr. 114260, im Ganzen um den Betrag von 361·25 fl. (richtig 55 kr.) herabgesetzt hat. Der Kläger verlangt zu diesem Ende das Erkenntniss, dass der geklagte böhmische Religionsfond anzuerkennen habe, die vom Kläger in dem Früchtenseparationsprotocolle eingesetzten Beträge der Schnitt-, Fechsungs- und Abdruschkosten seien die richtigen, es seien diese Beträge statt der von dem Rechnungsdepartement der Statthalterei adjustirten niedereren einzusetzen und es seien diese Beträge dem weiteren Verfahren zu Grunde zu legen. Wenn nun die Angelegenheit ihrem Wesen nach geprüft wird, so ergibt sich, dass hier eine nach Civilrecht zu beurtheilende Rechtsfrage vorliegt, zu deren E. der o. Richter berufen ist. Denn wenn auch der Kläger kraft öffentlich-rechtlicher Bestimmungen des Kirchenrechtes zum Intercalaradministrator des erledigten Beneficiums G. bestellt worden ist, wenn sich daher auch seine Stellung auf einen öffentlich-rechtlichen Titel gründet und der Inhalt seines Pflichtenkreises, insbesondere seine Verantwortlichkeit und seine Verpflichtung zur Rechnungslegung der Staatsgewalt gegenüber nach den Bestimmungen des Kirchenrechtes zu beurtheilen ist, so erscheint doch Kläger in Rücksicht auf die Ausführung des ihm ertheilten Auftrages als ein Machthaber und es müssen auf dieses Verhältniss, soweit es sich um den Ersatz eines bei Ausführung des Auftrages vom Kläger angeblich aus Eigenem gemachten Aufwandes handelt, die Bestimmungen des ABG über die Bevollmächtigung, insbesondere jene des § 1014 zur Anwendung gelangen, weil auch in Ansehung Desjenigen, der, sei es zur Staats- oder Kirchengewalt, in einer durch das öffentliche Recht geregelten amtlichen Stellung steht, das, was über die durch diese Stellung auferlegten Pflichten hinaus geleistet wird und worüber das öffentliche Recht eine Bestimmung nicht enthält, nach civilem Rechte beurtheilt werden muss. Es handelt sich sonach in der That um ein privatrechtliches Verhältniss bezüglich des Vermögens der erledigten Pfründe im Sinne des zweiten Absatzes des § 38 des Ges. vom 7. Mai 1874, RGB Nr. 50, und es steht nach eben dieser Gesetzesstelle im Falle des Streites die E. über das vom Kläger angesprochene Recht den Gerichten zu. Demnach kann es sich nur fragen, ob der Kläger berechtigt ist, zur Verfolgung dieses Rechtes das angestrebte Erkenntniss, beziehungsweise die Richtigstellung der von der Statthalterei erlassenen E. über das Früchtenseparationsprotocoll zu verlangen, was sich zu der Frage zuspitzt, ob gegen diese E. der administrativen Behörde die Betretung des Rechtsweges zulässig ist? Auch diese Frage ist zu bejahen, wenn erwogen wird, dass die materielle Berechtigung des Klägers zu dem gestellten Begehren in seinem Interesse an der Richtig-

stellung des Separationsprotocolles, welches dem weiteren Verfahren zu Grunde zu dienen hat und dessen Berichtigung den vom Kläger angestrebten Zweck, Ersatz seines angeblichen Aufwandes zu erlangen, herbeizuführen geeignet erscheint, gelegen ist, und dass auch die formelle Berechtigung zur Betretung des Rechtsweges durch Art. 15 des Ges. vom 21. December 1867, RGB Nr. 144, gegeben erscheint, weil es sich um widerstreitende Ansprüche einerseits des Klägers, andererseits des Religionsfondes, welcher in vermögensrechtlicher Beziehung gleichfalls als Privatperson erscheint, handelt, worüber die Verwaltungsbehörde nach den bestehenden Gesetzen entschieden hat, gegen welche E. dem in seinen Privatrechten Benachtheiligten Abhilfe gegen die andere Partei im o. Rechtswege zu suchen freisteht. Diese Abhilfe kann aber nur darin bestehen, dass der andere Theil im Rechtswege gehalten wird, die Unrichtigkeit der von der Verwaltungsbehörde getroffenen E. anzuerkennen. Mithin ist eine Ueberprüfung der hier fraglichen E. der Statthalterei im Rechtswege umsomehr zulässig, als die Statthalterei zugleich Vertreter des Religionsfondes ist und es gegen die Rechtsgrundsätze verstiesse, wenn dem Vertreter des einen Theiles — und dies müsste auch von den höheren administrativen Instanzen gelten — das Recht zustände, über einen privatrechtlichen Anspruch des anderen Theiles endgiltig und unanfechtbar zu entscheiden. Die Frage aber, ob der Kläger nicht berechtigt ist, schon jetzt den Rechtsweg zu betreten, weil er den administrativen Instanzenzug nicht erschöpft hat, gehört in die meritorische E. Da der Rechtsweg hier auch zufolge § 2, Abs. 7, des kais. Pat. vom 9. August 1854, RGB Nr. 208, nicht ausgeschlossen erscheint und da ferner die Incompetenzeinwendung, auch insoweit sie geltend macht, dass nach § 37 JN nicht das LG, sondern das BG K. zuständig sei, hinfällig ist, weil die vorliegende Klage nicht zu den im § 37 aufgezählten Klagen gehört, war auszusprechen, dass die Einwendung der Incompetenz nicht stattfindet.

Ueber das Revisionsbegehren des geklagten Religionsfondes wurde indess mit Abänderung des oberlandesgerichtlichen U. jenes des ersten Gerichtes wieder hergestellt aus nachfolgenden

Gründen:

Mit Rücksicht auf die Bestimmungen der §§ 8 und 248 AGO, sowie das Hofd. vom 14. Juni 1784, JGS Nr. 306, lit. c, ist für die Beurtheilung, was Gegenstand der Klage ist, der Inhalt der Klagsschlussbitte massgebend und auf dieser Grundlage hat der Richter zu entscheiden, ob dieser Streitgegenstand nach den bestehenden Gesetzen der gerichtlichen Competenz unterliege. Im vorliegenden Falle begehrt der Kläger als gewesener Administrator der Pfarre in G. seiner Klagsschlussbitte gemäss das Erkenntniss: der böhmische Religionsfond sei schuldig, anzuerkennen, dass die in dem Früchtenseparationsprotocolle über die Administration

dieser Pfarre vom Kläger aufgerechneten Schnitt-, Fechsungs- und Abdruschkosten richtig seien, ferner zu gestatten, dass diese Beträge anstatt der niederen von dem Rechnungsdepartement der Statthalterei adjustirten Beträge eingesetzt und dem weiteren Verfahren zu Grunde gelegt werden. Hiernach begehrt der Kläger den richterlichen Ausspruch darüber, dass eine buchhalterische E. einer Verwaltungsbehörde nicht zu Recht bestehe, verlangt sonach eine Ueberprüfung dieser E. im Rechtswege, Beseitigung derselben und E., dass in dem weiteren Verfahren vor der Verwaltungsbehörde nicht die von dieser Behörde, beziehungsweise ihren Hilfsorganen festgestellte Verrechnungspost, sondern die E. des Gerichtes über diese Rechnungspost zu Grunde zu legen sei. Dieses Begehren widerstreitet dem Art. 14 des Staatsgrundgesetzes über die richterliche Gewalt vom 21. December 1867, RGB Nr. 144, und die in diesem Rechtsstreite vorgebrachten Parteienerklärungen vermögen die Anwendbarkeit des ersten Absatzes des Art. 15 dieses Staatsgrundgesetzes nicht zu begründen. Denn es hat eine Verwaltungsbehörde über einander widerstreitende Ansprüche von Privatpersonen nicht entschieden, da die mit der vorliegenden Klage angefochtene Adjustirung des von dem Kläger gemeinschaftlich mit den Erben des Antecessors und dem Successor der Pfarre in G. vorgelegten Früchtenseparationsprotocolles und Herabsetzung mehrerer Ausgabeposten, die nur zum Theile in die Administrationsperiode des Klägers fallen, als eine E. weder über widerstreitende Ansprüche, noch über Ansprüche von Privatpersonen angesehen werden kann, diese Adjustirung dem Kläger gegenüber, der in Folge seines öffentlichen Amtes als Verwalter der gemäss § 59 des Ges. vom 7. Mai 1874, RGB Nr. 50, dem Religionsfonde gehörigen Einkünfte der erledigten Pfründe in G. seiner vorgesetzten weltlichen Behörde die Rechnung legt, als eine reine buchhalterische E. einer in einem öffentlichen Amte gelegten Rechnung sich darstellt. Wenn auch die mit der Stellung in einem öffentlichen Amte verbundene Verpflichtung zur Verwaltung eines öffentlichen Zwecken gewidmeten Vermögens und das hieraus sich zwischen dem Verwalter und der Staatsgewalt ergebende Rechtsverhältniss mit dem im Privatrechte normirten Mandatsverhältnisse vergleichbar ist, so bilden doch die in dem ersteren Verhältnisse begründeten vermögensrechtlichen Fragen keinen Gegenstand des Privatrechtes, sind daher lediglich nach den Bestimmungen des öffentlichen Rechtes, nach jenen Normen zu beurtheilen, die als Normen des öffentlichen Rechtes dem staatlichen Verwaltungsorgane bestimmte Verwaltungsmassregeln setzen, denen er sich bei Uebernahme des öffentlichen Amtes unterworfen hat. Wenn nun nach den bestehenden Diöcesannormen der mit staatlicher Zustimmung auf Grund des öffentlichen Rechtes bestellte Temporalienadministrator gemeinschaftlich mit den Erben des Antecessors und dem Successor des Beneficiums die Einkünfte des Sterbejahres des Antecessors und die Antheile dieser zwei Interessenten, sowie des von

ihm vertretenen bezugsberechtigten Religionsfondes zu eruiren und das hierüber aufgenommene Früchtenseparationsprotocoll der staatlichen Behörde — Statthalterei — zur Genehmigung vorzulegen hat, wenn das von dieser Verwaltungsbehörde genehmigte Früchtenseparationsprotocoll der an dieselbe Behörde zu legenden Intercalarrechnung zur Grundlage zu dienen hat, wenn, wie oben schon erwähnt wurde, auf den vorliegenden Fall die Vorschrift des ersten Absatzes des Art. 15 des Ges. vom 21. December 1867, RGB Nr. 144, keine Anwendung findet, ein besonderes Gesetz die Ueberprüfung der Feststellungen der Verwaltungsbehörden in Betreff des Früchtenseparationsprotocolles im o. Rechtswege nicht zulässt; so wurde mit Recht die Klage, als zur gerichtlichen Competenz nicht gehörig, abgewiesen. Aus diesen und den weiteren von dem LG angeführten Gründen war das oberlandesgerichtliche U. abzuändern und jenes des LG wieder herzustellen.

2714.

Durch die richterliche Gewährung der Sequestration als Executionsmittel ist begriffsmässig schon das Pfandrecht auf die vom Sequester einzuhebenden Früchte ertheilt.

E. v. 12. April 1892, Z. 4057. — (GZ 22 ex 92, Seite 174.)
I. BG Murek.
II. OLG Graz.

Auf Grund des in der Rechtssache des A wider B peto. Besitzabtretung erflossenen oberlandesgerichtlichen U. wurde dem A über dessen Ansuchen zur Sicherstellung der demselben zugesprochenen Gerichts- und Appellations- sowie Executionskosten pendente revisione die Mobiliarexecution ersten und zweiten Grades, sowie auch die executive Sequestration der vom B bezogenen Früchte der auf Namen des A vergewährten Realität bewilligt und ein Sequester bestellt.

Gegen die Bewilligung der executiven Sequestration der Früchte recurrirte B und das OLG fand, in Stattgebung des Recurses und unter Abänderung des erstrichterlichen B. im angefochtenen Theile, das Begehren des A um Sequestration der Früchte abzuweisen, weil nach § 4 der JMV vom 18. Juli 1859, RGB Nr. 130, die Execution zur Sicherstellung durch Sequestration nur auf die bereits gepfändeten beweglichen und unbeweglichen Sachen geführt werden kann, der Sicherstellungswerber ein Pfandrecht an den im Streite verfangenen Realitäten nicht erwirkt hat, und demnach die Voraussetzung zur Erwirkung der begehrten Sequestration mangelt.

Ueber Revisionsrecurs des A stellte der OGH den erstrichterlichen B. in der Erwägung wieder her, dass durch die richterliche Gewährung der Sequestration als Executionsmittel nach dem ausdrücklichen Wort-

laute des § 320 AGO begriffsmässig schon das Pfandrecht auf die vom Sequester einzuhebenden Früchte oder Gefälle ertheilt wird, demnach die besondere Bewilligung eines solchen Pfandrechtes nicht eine nothwendige Voraussetzung der Sequestrationsertheilung sein kann, und dass die Bestimmung des 1. Absatzes des § 4 der JMV vom 18. Juli 1859, RGB Nr. 130, auf welche sich in der oberlandesgerichtlichen Verordnung zur Begründung der Abweisung des vorliegenden Sequestrationsgesuches berufen wird, nicht in dem derselben vom OLG beigelegten Sinne, sondern vielmehr nur dahin zu verstehen ist, dass die Execution zur Sicherstellung nicht auf die Executionsarten der Pfändung und Schätzung beschränkt ist, sondern auch auf die Sequestration von bereits gepfändeten Sachen ausgedehnt werden kann.

2715.

Bezüge aus Rentenscheinen der allgemeinen Versorgungsanstalt in Wien unterliegen nur in dem 500 fl. übersteigenden Betrage der Execution.

E. v. 12. April 1892, Z. 4320. — (GZ 20 ex 92, Seite 157.)
I. LG Wien.
II. OLG Wien.

Dem A wurde wider B zur Hereinbringung der restlichen Forderung von 500 fl. die executive Einantwortung und Erfolglassung: 1 der bereits fälligen oder künftig fällig werdenden Renten, welche B aus vier Rentenscheinen der allgemeinen Versorgungsanstalt in Wien von der genannten Anstalt jährlich bezieht, 2. jener Renten, welche auf Grund eines Interimsscheines derselben Anstalt B seinerzeit zu beziehen berechtigt sein wird, und 3. der Abfindungsbeträge, welche auf Grund der Rentenscheine und des Interimsscheines nach Ableben des B an dessen Erben auszuzahlen sein werden, bewilligt.

Ueber Recurs des B änderte das OLG diesen B. ab und wies das Executionsgesuch des A zurück, weil jene Renten, welche auf Grund von Rentenscheinen der allgemeinen Versorgungsanstalt bezogen werden, dann solche Renten, auf deren künftigen Bezug der Eigenthümer eines Interimsscheines der genannten Anstalt Anspruch hat, nach Art. II des Ges. vom 26. Mai 1888, RGB Nr. 75, nur in jenem Betrage der Execution unterliegen, um welchen der Gesammtjahresbezug den Betrag von 500 fl. übersteigt; weil der Executionsführer in dem Executionsgesuche nicht einmal behauptet, dass die dem Executen aus den Rentenscheinen zustehenden Jahresbezüge den Betrag von 500 fl. übersteigen; weil demnach, bei dem Mangel einer Angabe über die Höhe der Rentenbezüge nicht beurtheilt werden kann, ob ein der Execution unterliegendes Vermögensobject des Schuldners zur Befriedigung des Gesuchstellers in Anspruch genommen wird; weil endlich jene Abfindungsbeträge, welche auf Grund der Renten-

scheine, und beziehungsweise des Interimsscheines nach dem Ableben des Executen an dessen Erben auszuzahlen sein werden, weder derzeit einen Vermögensbestandtheil des Executen bilden, noch in der Zukunft bilden werden, daher zur Befriedigung von Forderungen an den Geklagten nicht herangezogen werden können.

Der OGH fand über den Revisionsrecurs des Executionsführers die angefochtene oberlandesgerichtliche E. in der Erwägung zu bestätigen, dass die allgemeine Versorgungsanstalt im Sinne des § 1287 ABG mit Rücksicht auf ihren statutenmässigen Zweck, den Theilnehmern gegen Einlagen auf Lebensdauer Versorgung oder doch eine Beitragsleistung zu derselben zu gewähren, den im Art. II des Ges. vom 26. Mai 1888, RGB Nr. 75, bezeichneten Vereinen beizuzählen ist; dass das Vorhandensein eines den Betrag von 500 fl. übersteigenden Bezuges, welcher die Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Execution bildet, im Gesuche gar nicht behauptet wurde; dass endlich vor Eintritt der Umstände, durch welche der Anspruch auf eine Abfindung bedingt ist, letztere kein selbstständiges Executionsobject bildet.

2716.

Die Geklagten, welche in das Klagebegehren willigen und zur Zahlung der Kosten sich verpflichten, sind auch schuldig, die Extradirungskosten zu bezahlen.

I. st.-del. BG Olmütz.
II. OLG Brünn.

E. v. 12. April 1892, Z. 4621. — (GH 37 ex 92, Seite 315.)

Die I. J. hat dem Besitzstörungskläger Fürsten von und zu L. wider die Geklagten A und B die durch das Gesuch und die Tagfahrtverrichtung wegen Extradirung der Acten aufgelaufenen, mit 5·15 fl. bestimmten Gerichtskosten zugesprochen und deren Zahlung den Letzteren aufgetragen. Dem gegen diesen B. von A überreichten Recurse hat die II. J. in der Erwägung stattzugeben befunden, dass gemäss des abgeschlossenen Vergleiches, womit der eingeleitete Rechtsstreit endgiltig beendigt wurde, der Erstgeklagte allein zur Bezahlung der Kosten, welche der Kläger damals liquidirte, in jener Höhe, wie solche das Gericht bestimmt, sich verpflichtet, unter diesen Gerichtskosten aber, welche der Kläger dort liquidirte, die anlässlich der Extradirung aufzulaufenden Kosten nicht angeführt erscheinen, der Kläger auch nachträglich die Liquidirung dieser Kosten sich nicht ausbedungen hat, sondern im Gegentheile ganz bedingungslos von seiner Klage gegen beide Geklagte abstand und daher aus diesem Grunde von demselben in dieser Rechtssache weitere Kosten zu begehren nicht berechtigt ist; — dass, wenn man auch von diesem Verzichte auf die Kosten, um welche es sich hier handelt, absehen würde, die Geklagten aus dem weiteren Grunde auf keinen Fall zum Gerichts-

kostenersatze verpflichtet werden können, weil der Kläger in dem Vergleichprotocolle die Bitte hätte stellen können, dass ihm jene Beilagen, die er zu bezeichnen hatte, gelegentlich der E. des Vergleichsprotocolles zuzückzustellen sind, in Folge dessen die Ueberreichung eines besonderen Gesuches um Herausgabe der Acten und Verrichtung der Tagfahrt zu diesem Zwecke leicht entfallen wäre — und dass, wenn auch der Zweitgeklagte eine Beschwerde nicht überreicht hat, diese hier laut Hofkanzleid. vom 4. September 1801, Z. 535, und laut Hofd. vom 5. März 1847, Z. 1042 JGS., dann gemäss des Tenors des Klagsbescheides, doch in seiner rechtlichen Wirkung auch auf den Zweitgeklagten sich bezieht, und abgesehen hievon hat Kläger dadurch, dass er den Vergleich mit dem Erstgeklagten selbst abschloss und von der Klage gegenüber beiden Geklagten abstand, die Absicht kundgegeben, dass er den Zweitgeklagten im Allgemeinen jeder weiteren Bürgschaft entledige und dass auf diese E. auch der Umstand keinen Einfluss nimmt, dass gegen den B., wodurch die Tagsatzung zur Extradirung der Acten angeordnet worden ist, keine Beschwerde überreicht wurde, indem in dem bezüglichen Gesuche der Anspruch auf Gerichtskostenersatz nicht gestellt wurde.

Ueber den von J. Fürsten von und zu L. gegen diese E. überreichten Revisionsrecurs fand der OGH in der Erwägung, dass ein gerichtlicher Vergleich nach § 292 AGO dieselbe Wirkung wie ein U. hat, — dass die Geklagten laut Protocolles vom 26. Juni 1891 in das Klagebegehren submittirten und sich bedingungslos verpflichtet haben, die Kosten, welche das Gericht zu bestimmen hat, zu berichtigen, müsse daher nothwendig gefolgert werden, dass sie den Stritt verloren haben — dass gemäss § 24 des Ges. vom 16. Mai 1874, Z. 69 RGB, der Streittheil, welcher den Stritt gänzlich verloren hat, seinem Gegner jene ihm zugefügten Kosten, welche zur Rechtsvertheidigung nothwendig waren, immer zu ersetzen hat — dass die Actenextradirung aus Anlass der Processführung verschuldet und mithin mit derselben zusammenhängend erscheint — dass daher die Actenextradirung zu den Strittkosten gehört — demselben stattzugeben, und den B. des ersten Richters wieder herzustellen.

2717.

Zur Auslegung des § 29 I des Anfechtungsgesetzes.

E. v. 13. April 1892, Z. 2922. — (JB 35 ex 92, Seite 419.)

Mit dem gerichtlichen Vergleiche vom 9. December 1890 hat sich Franz W. verpflichtet, den von Franz F. eingeklagten Betrag per 706·31 fl. sammt Nebengebühren binnen drei Wochen, d. i. bis 30. December 1890, bei sonstiger Execution zu bezahlen. Ueber nicht erfolgte Zahlung hat nun Franz F. laut B. vom 1. Jänner 1891, Z. 16961, die Einverleibung des executiven Pfandrechtes für die verglichene Forderung auf die dem Franz W. eigenthümlich gehörige Realität Nr. 86 in G. erwirkt. Bei dieser laut

Protocoll vom 27. Februar 1891, Z. 1860 executiv auf 2000 fl. geschätzten Realität gingen dem executiven Pfandrechte des Franz F. per 706·31 fl. laut Grundbuchsextract 1780 fl. ohne Zinsen und sonstige Nebengebühren voraus, und ist diese Forderung laut Meistbotsvertheilungsbescheid vom 9. October 1891, Z. 12199, bei dem executiven Verkaufe der Realität thatsächlich auch nicht zum Zuge gelangt. Da auch laut B. vom 22. Jänner 1891, Z. 766, eine von Franz F. gegen Franz W. geführte Mobiliarexecution erfolglos war, so blieb für Franz F. als Executionsobject nur das dem Franz W. zur Zeit des Vergleichsabschlusses auch noch bücherlich gehörige Haus Nr. 206 in G. Dieses Haus hat nun Franz W. mit Kaufvertrag vom 27. December 1890 an Gustav M. verkauft und wurde auch bereits am 28. December 1890 die Einverleibung des Eigenthumsrechtes für Gustav M. auf das von Franz W. erkaufte Haus erwirkt. Diesen Kaufvertrag focht nun Franz F. mit der gegen Gustav M. sub praes. 7. März 1891 überreichten Klage an und stellte das Begehren, diesen Kaufvertrag für unwirksam zu erklären.

Die I. J. hat dem Klagebegehren stattgegeben, und zwar aus folgenden

Gründen:

In Gemässheit der Bestimmungen des § 29 des Ges. vom 16. März 1884, RGB Nr. 25, unterliegen der Anfechtung alle Rechtshandlungen, welche der Schuldner in der dem anderen Theile bekannten Absicht, seine Gläubiger zu benachtheiligen, in den letzten zehn Jahren vor der gerichtlichen Geltendmachung des Anfechtungsrechtes vorgenommen hat, und im vorliegenden Falle trifft diese Gesetzesbestimmung vollkommen ein; denn der Geklagte gibt selbst zu und es wird von dem als Zeugen vernommenen Josef K. bestätigt, dass er (Geklagter) zu Josef K. über dessen Aeusserung: „Die Sache, die sich schon so lange herumzieht, habe noch Zeit“, sagte: „Wissen Sie, Herr K., ich werde Ihnen reinen Wein einschänken; ich muss vom W. das Haus auf mich schreiben lassen, damit sich der F. (Kläger) nicht vormerken lassen kann.“ Aus dieser Aeusserung, aus den Angaben des als Zeugen vernommenen Franz W., dass es ihm lieber sei, dass der F. anstatt des M. das Geld verliere, was dem Gustav M. nach Obigem bekannt war, und wenn man weiter erwägt, mit welcher Hast die grundbücherliche Durchführung des Kaufvertrages bewerkstelligt wurde (am 28. December 1890 und am 30. December 1890 war der Zahlungstermin für W. zu Ende), geht klar und deutlich die Absicht des Geklagten hervor, den F. zu benachtheiligen; und können die Ausführungen des Geklagten, er selbst habe viele Verpflichtungen an die Käufer der von Franz W. von der Realität Nr. 206 in G. abverkauften Grundstücke, da er die Haftung für die lastenfreie Abtrennung übernommen habe, und habe selbst Forderungen an Franz W., womit Geklagter sein Vorgehen zu rechtfertigen sucht, die Schädigungsabsicht des Geklagten an den Kläger nicht

aus der Welt schaffen; denn wenn Geklagter für seine Forderungen Gefahr zu laufen glaubte, so hätte er ja seine Forderungen auf dem Hause intabuliren lassen können, und er wäre für seine Person ebenso sicher gewesen, als mit dem Kauf, da er ja mit diesem die bestehenden Pfandrechte nicht unwirksam machen konnte; daraus geht wiederum hervor, dass es dem Geklagten nicht so sehr um die Sicherheit seiner Forderungen zu thun war, als nur darum, um den F. zu benachtheiligen. Weiters sei hier erwähnt, dass Geklagter selbst angibt, dass er den W. für einen zahlungsfähigen Mann, der nicht unbedeutende Aussenstände hatte, hielt, womit, vorausgesetzt die Wahrheit dieser Angaben, die Hast des Kaufabschlusses nicht übereinstimmt, da doch sohin der Geklagte nicht voraussehen konnte, dass W. sich von F. exequiren lasse.

Ueber Appellation des Geklagten hat die II. J. diese E. bestätigt.

Gründe:

Nach § 29 I des AG unterliegen der Anfechtung alle Rechtshandlungen, welche der Schuldner in der dem anderen Theile (seinem Mitcontrahenten) bekannten Absicht, seine (des Schuldners) Gläubiger zu benachtheiligen, in den letzten zehn Jahren vor der gerichtlichen Geltendmachung des Anfechtungsrechtes vorgenommen hat. Im vorliegenden Falle steht durch die Zugeständnisse des Geklagten fest, dass Franz W. für den am 9. December 1890 verglichenen und am 30. December 1890 fälligen Schuldbetrag von 706·31 fl. sammt Nebengebühren Schuldner des nunmehrigen Anfechtungsklägers Franz F. war und ist, ferner dass am 27. December 1890 zwischen dem Schuldner Franz W. und dem jetzigen Anfechtungsgegner Gustav M. ein Vertrag über den Verkauf des Hauses Nr. 206 in G. sammt Grundparcellen abgeschlossen und hiedurch die sonst mögliche pfandrechtliche Versicherung der klägerischen Forderung per 706·31 fl. auf dieser Realität unmöglich gemacht wurde, ja es steht durch das Geständniss des Geklagten und die Aussage des Franz W. noch weiter fest, dass die Absicht beider Contrahenten des nun angefochtenen Kaufvertrages dahin ging, die pfandrechtliche Sicherstellung der obbezeichneten klägerischen Forderung auf der obbezeichneten Realität zu verhüten. Der Geklagte gesteht zu, dass er die an sich gebrachte Realität sofort wieder weiter veräussert hat. Diese Umstände genügen an sich, um eine Benachtheiligung des Anfechtungsklägers durch den angefochtenen Vertragsact gemäss § 48 des AG annehmen zu können. Der Kläger, welchem allerdings im vorliegenden Falle eine Anfechtung nach § 29 I des AG der Beweis der vom Schuldner unter Mitwissen der Contrahenten beabsichtigten Benachtheiligung obliegt, konnte zu obigem Geständnisse noch auf die aus dem Grundbuchsextracte F ersichtlichen und auch vom Geklagten zugestandenen, am 18. und 19. December 1890 erfolgten Grundabschreibungen und zwar der Parcelle 715

an Ludwig L., der Parcellen 4155, 1458 und 1419 an Georg und Eleonora A., der Parcelle 1143 an Franz K., der Parcelle 2965 an Johann und Theresia T., und der Parcelle 1694 an Alois und Barbara H., sowie auf den am 3. März 1891 ersichtlichen Lastenstand der Stammrealität bestehend in Satzforderungen der Sparcasse in O. per 950 fl. und 850 fl., dann des Ludwig L. per 677 fl. hinweisen, um sein Anfechtungsbegehren zu rechtfertigen. Der Schuldner Franz W. hat, als Zeuge vernommen, selbst angegeben: Ich wollte, dass der M. (nunmehr Anfechtungsgeklagte) früher noch zu seinem Gelde kommt, was noch übrig ist, sollte der F. (nun Anfechtungskläger) bekommen; ich wusste, dass entweder der M. oder der F. das Geld verlieren wird, mir wäre lieber, dass der M. vorerst befriedigt werde. Es ist richtig, dass der Anfechtungskläger für seine Forderung auf der in Rede stehenden Realität Deckung gefunden hätte, wenn der angefochtene Kaufvertrag nicht abgeschlossen worden wäre; wenn aber der frühere Lastenstand der Realität, respective die gegen den früheren executirten Besitzer Josef P. liquidirten Forderungen berücksichtigt würden, so wäre F. nicht mehr zum Zuge gekommen. Der Anfechtungsgeklagte Gustav M. weist zur Abwehr des Anfechtungsanspruches darauf hin, dass bezüglich der von Franz W. mit einem vom Geklagten geliehenen Vadium am 16. Mai 1890 um den Meistbot von 5310 fl. erstandenen Realität Nr. 206 in G. (des Executen Josef P., Vorbesitzers des Franz W.) 5200 fl. Forderungen sammt Nebengebühren (laut Meistbotsvertheilungsbescheid von 3. Juni 1890, Z. 3095) liquidirt wurden, dass daher nach diesem vormaligen Lastenstande Franz W. durch die Erstehung sich nicht bereichert habe, ferner dass er (Geklagter) selbst auf dem in Rede stehenden Hause Forderungen zusammen im Betrage von 1325·52 fl. haften hatte und Denjenigen, welche von W. Grundtheile abkauften, für die Bereicherung der Lastenstände gut gestanden sei, hiefür auch von ihnen die Parcellenkaufschillinge in Empfang genommen habe, dass Franz W. eigentlich auf sein (des Geklagten) Risico die Realität Nr. 206 in G. erstanden habe, und dass er (Geklagter) ein Interesse daran hatte, dass dieser Verkauf der Stammrealität die Befriedigung der Satzgläubiger aus dem zu erzielenden Kaufschillinge durch eine Pfandrechtseinverleibung für den Anfechtungskläger nicht gestört werde; nicht die Benachtheiligung des Klägers, sondern die vertragsmässige Befriedigung der Satzgläubiger sei intendirt gewesen. Weil aber für die Frage der objectiven Benachtheiligung des Anfechtungsklägers nur der zur Zeit seiner möglichen Sicherstellung bestehende Lastenstand und nicht ein früherer Lastenstand massgebend sein kann, weil ferner das Motiv und der Anlass zur angefochtenen Rechtshandlung insoferne und dann gleichgiltig ist, wenn nur das Bewusstsein nnd das Wollen unmittelbarer oder mittelbarer Benachtheiligung des Anfechtungsklägers beim Schuldner und seinen Contrahenten vorhanden war, dann weil die Absicht, aus dieser Benachtheiligung einen Vortheil selbst zu ziehen oder Anderen

zuzuwenden, kein Anfechtbarkeitserforderniss ist (Motivenbericht Seite 32 des AG), so erscheint durch obige Vertheidigung des Geklagten der Anfechtungsanspruch des Klägers nicht widerlegt oder ausgeschlossen und das erstrichterliche Erkenntniss gerechtfertigt.

Dem a. o. Revisionsbegehren des Geklagten hat der OGH stattzugeben und in Abänderung beider untergerichtlichen U. die Anfechtungsklage abzuweisen befunden:

Gründe:

Aus dem geschichtlichen Theile der vorliegenden Streitsache lässt sich keineswegs die Folgerung ziehen, dass Franz W. den Besitzstand Nr. 206 in G. dem Geklagten in der Absicht verkauft habe, seine Gläubiger zu benachtheiligen. Bei der nach § 48 des Ges. vom 16. Mai 1884, RGB Nr. 36, gebotenen freien Beweiswürdigung darf nämlich in der Prüfung der Redlichkeit der angefochtenen Rechtshandlung nicht unbeachtet bleiben, wie Franz W. den gedachten Besitzstand an sich gebracht hat, und welche Gegenleistungen ihm mit dieser Erwerbung auferlegt worden sind. Wie theils aus den beigebrachten öffentlichen Urkunden, theils aus den unbestritten gebliebenen Angaben des Geklagten hervorgeht, hat Franz W. im Wege des Ueberbotes erst am 16. Mai 1890 die von dem Kläger als Halblehen bezeichnete Liegenschaft Nr. 206 in G., deren Pfandgläubiger auch er selbst war, um den Meistbot von 5310 fl. executiv erstiegen. Vermöge des B. des BG in O. vom 3. Juni 1890, Z. 8095, gelangten nicht alle bücherlichen Haftungen zum vollen Zuge; die Forderungen des Ersteigers gingen mit dem Theilbetrage von 22·60 fl. leer aus. Unter den auf den Meistbot gewiesenen und daher von dem Ersteiger zur Zahlung übernommenen Satzposten befanden sich auch drei Forderungen des Geklagten in der Gesammthöhe von 1325·52 fl. Franz W. war demnach vertragsmässig gebunden, dieses neu erworbene Vermögensstück vor Allem zur Befriedigung der ihm zur Zahlung überwiesenen Pfandgläubiger zu verwenden. Dies geschah zum Theile durch den am 18. December 1890 erfolgten parcellenweisen Verkauf von fünf Trennstücken gegen Baarzahlung und Zusicherung ihrer Satzfreiheit. Mit den Eingängen wurden einige Haftungen zur Löschung gebracht; dass der Erlös für diese Grundstücke allein hingereicht hätte, alle bücherlichen Forderungen zu tilgen, hat der Kläger zu behaupten nicht vermocht. Nach dem allein zur Verfügung stehenden Massstabe der Zuweisung des Meistbotes ist anzunehmen, dass Franz W., welcher damals ein anderes verfügbares Vermögen nicht hatte, zur Ermöglichung der gänzlichen Entlastung der Trennstücke gezwungen war, auch den Rest der Realität zu verkaufen, und dass diese einzige Möglichkeit der Erfüllung der nur durch Treue und Glauben zugesicherten Verbindlichkeit durch neue Belastungen, insbesondere durch einen Zugriff des Klägers vereitelt worden wäre. Zudem muss der Kläger bei der Be-

antwortung der Frage, ob er in dem Stammreste der Liegenschaft einen Zahlungsfond gewonnen hätte, alle jene Forderungen noch gelten lassen, deren Zahlung Franz W. mit dem executiven Kaufe als Gegenleistung übernommen hat, und er darf nicht seinem Standpunkte blos jenen Lastenstand zu Grunde legen, welcher erst nach der Verwendung des Erlöses für die einzelnen Trennstücke zu der Löschung einiger Haftungen erübrigte. Bei Einrechnung aller auf den Meistbot gewiesenen Posten hätte jedoch der Kläger in dieser Liegenschaft allerdings keine Befriedigung gefunden, da ja der Kläger nicht geltend macht, dass für Franz W. ein Kaufschillingsrest verblieben sei. Eine unlautere Absicht kann also diesem Verkaufe nicht unterlegt werden. Im Gegentheile stellt sich unter der geschilderten Zwangslage der Verkauf gegen die von den Zeugen bestätigte Uebernahme der Verbindlichkeit des Geklagen, die Trennstücke satzfrei zu stellen, geradezu als ein Gebot der Redlichkeit gegenüber dem Vertrauen der Käufer der Trennstücke dar, und lässt sich daraus, dass der Verkauf mit Vorbedacht beschleunigt wurde, um dem Zugriffe des Klägers zuvorzukommen, im Gegensatze zu älteren und stärkeren Rechten, welche den Verkauf erheischten, ein Anfechtungsanspruch des Klägers in der Richtung des § 29 des vorbezogenen Gesetzes gerechterweise nicht ableiten. Die dennoch der Klage stattgebenden gleichleitenden U. der Untergerichte verkennen den Sinn der angefochtenen Gesetzesstellen und müssen als offenbar ungerecht nach dem Hofd. vom 15. Februar 1833, JGS Nr. 2593, dahin geändert werden, dass die Anfechtungsklage abgewiesen wird.

2718.

Die Uebergabe der Speditionswaare an einen nicht legitimirten Dritten begründet ein Verschulden des Spediteurs und es ist die Verjährungsfrist des Art. 386 HGB auf diesen Fall nicht anwendbar.

E. v. 13. April 1892, Z. 3722. — (JB 22 ex 92, Seite 264.)

I. BG Karolinenthal.
II. OLG Prag.

Johann D. belangte den Ignaz E. auf Zahlung eines Schadenersatzbetrages von 750 fl. und gründete diesen seinen Schadenersatzanspruch darauf, dass die Firma R. & S. in Bremen laut des mit dem Stempel der Güterexpedition Bremen vom 7. Mai 1884 versehenen Frachtbriefduplicates dem Spediteur Ignaz E. in Karolinenthal 96 Ballen geschälten Reis gesendet und dieselbe Firma R. & S. gleichzeitig an Ignaz E. ein Schreiben ddto. 6. Mai 1884 (Beilage B) abgeschickt hat, in welchem sie denselben avisirte, dass sie an ihn mit Bestimmung der Verzollung an der Grenze 46 Ballen Reis, bestimmt für O. & R., und 50 Ballen Reis, bestimmt für C. & F. in Prag, einsende, und ihn ersuchte, den Reis zur Verfügung obiger Firma bereit halten zu wollen. Der Geklagte hätte somit der ihm

ertheilten Vorschrift zufolge den Reis an die genannten Firmen abliefern sollen, für den Fall aber, dass er den Brief nicht erhalten haben sollte, hätte er unter vorläufiger Verwahrung der Waare eine Verfügung der absendenden Firma, dahingehend, was mit dem Reis zu geschehen habe, und wem derselbe auszufolgen sei, abwarten oder einholen sollen. Dies habe der Geklagte aber nicht gethan, vielmehr habe er die Waare einem gewissen Otto N., der dieselbe bei der Firma R. & S. für die genannten Prager Firmen, jedoch ohne von denselben einen Auftrag erhalten zu haben, bestellt hatte, ausgefolgt, respective sie für ihn und in seinem Namen bei der Filiale der Anglo-österreichischen Bank eingelagert. Auf diese unter seinem Namen eingelagerte Waare habe nun Otto N. ein Darlehen von 750 fl. genommen. Als dann im Laufe der Zeit diese Handlungsweise des N. an's Licht kam, liess derselbe, um den der Firma R. & S. verursachten Schaden wenigstens theilweise zu vergüten, diese 96 Ballen Reis auf den Namen des Klägers Johann D., des ständigen Vertreters der Firma R. & S., übertragen, welch Letzterer den dieser Firma erwachsenen Schaden auf eigene Rechnung übernahm, wogegen dieselbe ihm mit Cession vom 24. October 1884 ihre Ersatzansprüche gegen den Geklagten, um die es sich in diesem Processe handelt, abtrat. Der Schade, welcher der Firma R. & S. durch das pflichtwidrige Verhalten des Geklagten erwachsen war, der eine ihm übersendete Waare gegen den ihm ertheilten Auftrag oder doch wenigstens ohne einem solchen einen ihm gegenüber in keiner Weise Legitimirten übergeben hatte, bestand in dem Betrage von 750 fl., welchen Betrag die Firma R. & S. respective an deren Stelle der Kläger zahlen musste, um die ihr gehörigen 96 Ballen Reis pfandfrei zu erlangen.

Die I. J. hat den Geklagten zur Zahlung des eingeklagten Betrages verurtheilt.

Gründe:

Der Geklagte erhebt gegen die Klage vor Allem die Einwendung der Klageverjährung. Dieselbe ist jedoch unbegründet, weil es sich im vorliegenden Falle weder um gänzlichen Verlust, noch um Verminderung, Beschädigung oder verspätete Ablieferung des Gutes handelt, vielmehr der Grund der Klage in der nicht gehörigen Erfüllung des Vertrages von Seite des Geklagten und in der Vernachlässigung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes bei Ausführung der von ihm übernommenen Versendung der Güter besteht, und sonach nicht die Bedingungen der kürzeren Verjährungszeit des Art. 386 HGB, vielmehr die Bestimmungen des § 1478 ABG platzgreifen, und nachdem der Geklagte selbst den 11. Mai 1884 als den Anfangspunkt der Verjährung bezeichnet, die Klage am 11. April 1885 eingebracht und gehörig fortgesetzt wurde, ist auch die Verjährung des § 1489 ABG nicht eingetreten. In der Sache selbst hat der Geklagte zugestanden, dass die Firma R. & S. in Bremen an ihn die in Frage stehen-

den 96 Ballen Reis gesendet hat, welche Waaren nach Angabe des Geklagten ein gewisser Otto N. bestellte, der sich nach Einlangen derselben in Prag von dem Geklagten das Aviso ausfolgen liess, ohne dass der Letztere diesbezüglich die Ordre des Versenders abgewartet hätte. Nach Art. 380 HGB haftet der Spediteur für den Schaden, welcher aus der Vernachlässigung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes bei der Ausführung der von ihm übernommenen Versendung der Güter entsteht, und hat der Spediteur die Anwendung dieser Sorgfalt zu beweisen. Aus den zugestandenen Thatsachen allein ist schon die Verletzung der dem Geklagten nach der eben angeführten gesetzlichen Bestimmung obliegenden Sorgfalt erkenntlich und daraus ersichtlich, dass er die Waaren ohne Einwilligung des allein zur Disposition hierüber berechtigten Einsenders einem durchaus nicht legitimirten Dritten übergeben habe. Das Verschulden ist damit klar erwiesen, und es handelt sich nur um die Höhe des zugefügten Schadens. In dieser Richtung ist durch die übereinstimmenden Aussagen der Zeugen Adolf W., Alois M. und Theodor K. bewiesen, dass dem Otto N. für diese unter seinem Namen eingelagerten 96 Ballen Reis ein Darlehen von 750 fl. gegeben wurde; auf gleiche Art ist erwiesen, dass, als die Uebertragung dieser 96 Ballen Reis von Otto N. an Johann D. erfolgte, dieser, um in den Besitz der unbelasteten Waare zu kommen, der Anglobank die darauf geliehenen 750 fl. bezahlen musste und auch bezahlt hat. Dass diese 750 fl. von dem Kläger als Singularsuccessor der Firma S. & R. bezahlt werden mussten, ist nun aber das Verschulden des Geklagten; denn nur dadurch, dass derselbe die Waare an den nicht legitimirten Otto N. übergab, war es diesem möglich, dieselbe zu belasten. Der vom Geklagten geführte Beweis durch die Zeugen Adolf G., Friedrich A., Alois M., Theodor K., Adolf W. und Carl F., dass sich Kläger oder die Firma R. & S. mit Otto N. abgefunden hat, hat die oben erwiesenen Umstände durchaus nicht widerlegt, und wenn auch angenommen werden könnte, dass durch diese Zeugen nachgewiesen wurde, dass Otto N. im Grunde des mit der Firma R. & S. abgeschlossenen Vergleiches fast 500 fl. auf Ersatz des dieser Firma zugefügten Schadens übergeben habe, so wäre noch immer nicht erwiesen, dass dieses Geleistete auf Abschlag eben dieses in diesem Rechtsstreite geltend gemachten Schadens dienen sollte, was um so zweifelhafter ist, als Otto N. ja auch andere Waaren der Firma R. & S., die er anderen Spediteuren entlockt hatte, mit Pfandrechten belastet hat. Es kann somit in diesem Processe nicht das Verhältniss der Firma R. & S. zu Otto N., sondern lediglich das zu dem Geklagten in's Auge gefasst werden, da das Gesetz die Haftung des Spediteurs für eine subsidiäre nicht erklärt und dieselbe auch nicht von dem nicht günstigen Erfolge der gegen etwaige andere Verpflichtete eingeleiteten Verhandlungen abhängig macht. Der Anspruch der Firma R. & S. auf Ersatz des mit 750 fl. erwiesenen Schadens ist somit begründet, und nachdem diese

Firma diesen Anspruch dem Kläger abgetreten hat, so ist dieser als Anspruchsberechtigter bewiesen. Es musste sonach dem Klagebegehren stattgegeben werden.

Ueber Appellation des Geklagten hat die II. J. diese E. bestätigt.

Gründe:

Die Ausführungen der Appellationsbeschwerde sind nicht geeignet, eine Abänderung des erstrichterlichen, im Ganzen richtig begründeten U. herbeizuführen. Was vor Allem die Einwendung der Verjährung anlangt, so wurde die im Art. 386 HGB normirte Verjährungsfrist als auf den vorliegenden Fall mit Recht für unanwendbar bezeichnet, weil es sich vorliegend nicht um den Verlust, die Verminderung oder Beschädigung des Gutes handelt, die durch Verschulden des Geklagten eingetretene Belastung des Gutes vielmehr als eine Beschädigung desselben im Sinne der obigen Gesetzesstelle nicht angesehen werden kann. Ebensowenig ist die auf § 1489 ABG gestützte Einwendung der Verjährung begründet, weil gemäss § 1497 ABG die Verjährung unterbrochen wird, wenn Derjenige, der sich auf dieselbe beruft, von dem Berechtigten belangt und die Klage gehörig fortgesetzt wird, die Klage als im Sinne des § 1497 ABG nicht gehörig fortgesetzt nur dann angesehen werden kann, wenn der Kläger unterlässt, den Process innerhalb einer Zeit gehörig fortzusetzen, innerhalb welcher die nach dem Gesetze im concreten Falle platzgreifende Verjährungszeit abgelaufen ist, im gegebenen Falle aber vom Zeitpunkte der Erlassung des B. vom 15. Mai 1885, Z. 10837, mit welchem dem Kläger der Erlag der Klagscaution von 100 fl. aufgetragen wurde, bis zum Zeitpunkte, wo um die Ablegung des Paupertätseides seitens des Klägers neuerlich angesucht worden ist, das ist bis 26. November 1887, ein Zeitraum von drei Jahren noch nicht verstrichen ist, daher die Klage als vom Kläger nicht gehörig fortgesetzt nicht angesehen werden kann. Die Sache selbst betreffend ist es wohl richtig, dass der Geklagte nicht zugestanden hat, dass sich Otto N. nach Einlangen der Waare vom Geklagten das Aviso ausfolgen liess. Allein der Geklagte hat in der Einrede ausdrücklich angeführt, dass das angelangte Bahnaviso vom Sohne des Geklagten Eduard E. übernommen und der ihm von Otto N. gewordenen Weisung gemäss der Anglobank übergeben wurde. Da nun der Geklagte weiter in der Einrede behauptet hat, dass Eduard E. mit der Sache zu thun hatte und ihm (Geklagten) hiefür verantwortlich ist, so muss der Geklagte auch die Verantwortung für die Handlungen seines Sohnes übernehmen und sind sohin die Handlungen des Eduard E. so anzusehen, als ob sie vom Geklagten selbst gesetzt worden wären; ebenso ist es ganz unerheblich, ob das Aviso dem Otto N. eingehändigt, oder ob es seiner Weisung gemäss der Anglobank übergeben wurde. Es ist sohin die in der Appellationsbeschwerde behauptete Actenwidrigkeit auf die E. ohne Einfluss. Der weiter behauptete

Mangel der Activlegitimation ist nicht vorhanden; denn, wenn es auch richtig ist, dass der Geklagte mit dem Kläger und mit der Firma R. & S. keinen Speditionsvertrag geschlossen hat, so ergibt sich doch aus den Anführungen der Einrede, wonach Otto N. dem Geklagten, beziehungsweise dessen Sohn mitgetheilt hatte, dass für ihn ein Waggon Reis unter der Adresse des Geklagten einlangen werde, welcher der Anglobank zuzuführen sei, dass Eduard E. bei Uebergabe des Bahnavisos an die Anglobankfiliale sich bewusst sein musste, dass die an die Adresse des Geklagten gelangte Sendung Speditionsgut sei, und dass Otto N. nicht der Absender der Waare sei, weshalb der erste Richter die Haftungspflicht des Geklagten und sohin auch die Activlegitimation des Klägers mit Recht auf Art. 380 HGB gegründet hat, zumal diese Gesetzesstelle die Haftung des Spediteurs auf die „Ausführung der von ihm übernommenen Versendung der Güter" nicht einschränkt, sondern die Haftung aus der Vernachlässigung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes ihm auch bei der Empfangnahme und Aufbewahrung der Waaren auferlegt. Diese hat aber der Geklagte dadurch ausseracht gelassen, dass er das Aviso der Weisung des Otto N. gemäss der Anglobank übergab, ohne vorher durch Erhebung des Frachtbriefes und der übrigen Begleitspapiere sich davon überzeugt zu haben, wer der Absender der Waare ist, und ohne sich davon überzeugt zu haben, ob Otto N. über das dem Geklagten zugekommene Aviso zu verfügen berufen ist. Hiermit sind aber zugleich die Einwendungen des Mangels der passiven Klagslegitimation und des Mangels des Causalnexus zwischen dem Verschulden des Geklagten und dem Schaden widerlegt, indem der Ersatz des Schadens von jener Person verlangt werden kann, welche den Schaden verschuldet hat, diese Person zweifellos der Geklagte ist, da ohne die, wie nachgewiesen, unberechtigte Uebergabe des Bahnavisos an die Anglobank Otto N. nicht in die Lage gekommen wäre, die Waare mit dem Darlehen von 750 fl. zu belasten. Es kann daher auch aus Art. 402 HGB nicht gefolgert werden, dass die Ausfolgung des Avisos die Anglobank weder zur Besitznahme der Waare, noch zur Gewährung des Darlehens an Otto N. berechtigte, da ja der Geklagte in der Einrede anführt, dass diese Bestimmung nur für den Frachtführer gilt, und dass der Spediteur nur die Weisungen dessen, über dessen Auftrag er eine Güterversendung übernommen hat, was nach Art. 384 HGB der Absender und der Empfänger sein könne, zu befolgen hat. Die Einwendung des Geklagten, dass die Firma R. & S. den Schaden durch Unterlassung der Dispositionsertheilung selbst verschuldet oder mitverschuldet hat, ist unbegründet, weil schon die obenangeführte Thatsache, dass der Geklagte durch seinen Sohn das Aviso über Auftrag des Otto N. der Anglobank ausgefolgt hat, die Haftungs- und sohin auch die Entschädigungspflicht des Geklagten begründet, ohne dass es darauf ankäme, ob der Geklagte einen mit dem Schreiben B gleichlautenden Brief erhalten hat, weshalb auch der erst in

der ersten Beweiseinrede vom Geklagten geltend gemachte Umstand, dass das betreffende Schreiben an Julius E. abgesendet wurde, nicht weiter zu beachten ist. Dies gilt auch von der weiteren Einwendung, dass durch die Unterhandlung mit Otto N. und der Anglobank ohne Zuziehung des Geklagten der Schade vom Kläger respective der Firma R. & S. ganz oder theilweise verschuldet wurde, weil die Einwendung nur dann einen Erfolg haben könnte, wenn der Geklagte nachweisen würde, dass der Schade durch seine Intervention ganz oder theilweise vermieden worden wäre, was nicht geschehen ist. Betreffend weiter die in der Appellationsbeschwerde bestrittene Identität jener 96 Ballen Reis, auf welche Otto N. bei der Anglobank 750 fl. als Darlehen erhalten hat, mit jenen 96 Ballen Reis, welche von R. & S. an den Geklagten geschickt wurden, so kann dieselbe mit Rücksicht auf die ganze Vertheidigung des Geklagten, der zufolge derselbe diese Identität im Laufe des Processes nicht bestritten hat, keinem Zweifel unterliegen. Was endlich die Uebergabe von Waaren seitens des Otto N. an den Kläger, sowie die Baarzahlungen des Letzteren anbelangt, so hat der in Folge der oberlandesgerichtlichen E. vom 2. November 1890, Z. 25501 durchgeführte Zeugenbeweis ein für den Geklagten günstiges Resultat nicht gehabt; denn über die von Dr. Adolf G. bestätigte Baarzahlung von 40 fl. sagt dieser Zeuge aus, dass er diesen Betrag auf Kosten an den Kläger verrechnet hat. Es kann also aus dieser Aussage nicht entnommen werden, dass dieser Betrag auf Abschlag der eingeklagten Forderung geleistet wurde, zumal aus der Aussage dieses Zeugen auch hervorgeht, dass der Kläger auch noch aus anderen Rechtsgründen, z. B. wegen unbefugter Eincassirung einer ihm von der Firma R. & S. überwiesenen Forderung an Otto N. Forderungen zu stellen hatte. Der letztere Anstand ergibt sich auch bezüglich der Anrechnung der nach den Aussagen der Zeugen Adolf W., Alois M. und Theodor K. an den Kläger von Otto N. übertragenen Waaren, nämlich 12 Ballen Kaffee und 49 Ballen Reis; es steht aber der Berücksichtigung der Abrechnung des Werthes dieser Waaren von dem eingeklagten Betrage der weitere Umstand entgegen, dass der Werth dieser Waaren beziehungsweise der nach Abrechnung des auf dieselben erhobenen Darlehens verbleibende Werthüberschuss gerichtsordnungsmässig nicht erwiesen erscheint, weil die Zeugen zu einer solchen Bewerthung nicht berufen erscheinen, der Beweis über den Werth einer Sache vielmehr nur durch Sachverständige hergestellt werden kann, daher der Nachweis jener Ziffer mangelt, welche vom Klagsanspruche in Abrechnung gebracht werden könnte. Hiernach ist das erstrichterliche U. zu bestätigen.

Die a. o. Revisionsbeschwerde des Geklagten hat der OGH zurückgewiesen, denn eine Nichtigkeit wird nicht geltend gemacht, eine solche, die von Amtswegen wahrzunehmen wäre, liegt auch nicht vor, und ebensowenig kann in den gleichlautenden U. eine offenbare Ungerechtigkeit

erkannt werden, es mangeln sonach die Bedingungen des Hofd. vom 15. Februar 1833, JGS Nr. 2593, zur Aufhebung oder Abänderung gleichlautender U.

2719.

Bedeutung des Ausdruckes: Lieferung auf Abruf.

E. v. 13. April 1892, Z. 3826. — (JB 40 ex 92, Seite 479.)
I. HG Wien.
II. OLG Wien.

Der Verein A in Mannheim belangte den Kaufmann B in Wien auf Zahlung von 9159 Mark als Kaufpreis für 852 Kilogramm Fuchsin, und stützte sein Begehren darauf, dass Geklagter von ihm im October und November 1884 1000 Kilogramm Fuchsin, kleine Krystalle à 10·75 M., lieferbar auf Abruf, gekauft, jedoch trotz wiederholten Anbietens, und Niederlegung der Waare beim Spediteur Sch. & Cie in Wien blos 148 Kilogramm bezogen habe, dass Geklagter vorher vom Februar bis October 1884 von der gleichen Waare 265 Kilogramm bezogen hatte, dass demnach anzunehmen war, dass er in relativ gleicher Zeit diese 1000 Kilogramm beziehen werde, diese Zeit aber längst verstrichen sei, und Geklagter trotz notarieller Intimation den Bezug verweigert. Der Geklagte wendete unter Zugeständniss des vorhergegangenen Bezuges der 265 Kilogramm in dem angeführten Zeitraum hauptsächlich ein, dass kein Kauf, sondern blos ein einseitig verbindliches Rechtsgeschäft vorliege, da er „abrufen“ könne, wo und wann er wolle; dass übrigens die Waare, bezüglich deren er Alles negirte, nicht übergeben wurde, daher eine Verbindlichkeit zur Zahlung des Kaufpreises nicht vorhanden sei. Da sich im December 1889 zeigte, dass aus Versehen nicht die gesammten 852 Kilogramm Fuchsin bei Sch. & Cie, eingelagert worden waren, sondern blos 728 Kilogramm, so wurde Mitte December 1889 die Einlagerung der fehlenden 124 Kilogramm veranlasst, die diesfällige Richtigstellung in der Beweisschrift über einen zugelassenen — übrigens unerheblichen — Zeugenbeweis vorgenommen, und das Zinsenbegehren hiernach restringirt.

Die I. J. hat den Geklagten unbedingt zur Zahlung des eingeklagten Betrages von 9159 M. sammt 6 Percent Zinsen, und zwar von 7826 M. seit 18. Mai 1888 und von 1333 M. seit 16. December 1889, und 320·35 fl. Gerichtskosten verurtheilt aus folgenden

Gründen:

Die E. dieses Rechtsstreites hängt lediglich von der Beantwortung der Frage ab, ob bezüglich der in Rede stehenden Waaren ein Kauf- und Verkaufsvertrag geschlossen wurde, und welche Bedeutung dem auf den über das Rechtsgeschäft errichteten Documenten, Beilage Nr. 2 und 3, bezüglich der Lieferzeit gebrauchten Ausdruck: „auf Abruf“ beizulegen sei.

Nach den eigenen Angaben des Geklagten nun hat der Vertreter der klägerischen Firma F. N. namens derselben dem Geklagten im October und November 1884 die Erklärung abgegeben, 1000 Kilogramm Fuchsin, kleine Krystalle, zum Preise von 10·75 M. per Kilogramm liefern zu wollen, und dass die Lieferung nur über jeweiligen Wunsch des Geklagten erfolgen solle, und diesen Antrag habe er (Geklagter) angenommen. In diesem Vertrage will der Geklagte nun blos ein Gebundensein der klägerischen Firma zur Lieferung, dagegen volle Freiheit seinerseits zum Bezuge der Waaren sehen und behauptet, dass der in den ihm von der klägerischen Firma über diese beiden Vertragsabschlüsse zugesendeten, von ihm angenommenen und ausdrücklich als der vorausgegangenen mündlichen Vereinbarung entsprechend bezeichneten, „Contract" benannten Urkunden gebrauchte Ausdruck: „Lieferung auf Abruf in Posten von 50 Kilogramm" und „Lieferungen auf Abruf" eben diese von ihm behauptete Willensfreiheit, die Waaren zu beziehen oder nicht, documentiren. Nach den Bestimmungen des Art. 337 HGB und §§ 1053 und 1054 ABG und von der Wissenschaft unbestritten anerkannt, wird durch die Verabredung der Dahingabe einer bestimmten Sache gegen einen in Geld bestimmten Preis der „Kauf" benannte Consensualvertrag abgeschlossen, der eben durch die Uebereinstimmung des Willens beider Contrahenten verpflichtend zu Stande kommt, von welchem keiner der Contrahenten einseitig zurücktreten kann, mag auch der eine Contrahent der irrigen Ansicht sein, durch seine Einwilligung ein anderes Rechtsgeschäft zu schliessen. Ist aber einmal die gegenseitige Uebereinstimmung des Willens erfolgt, dann bleibt noch die Erfüllung des Vertrages übrig, welche gleichzeitig oder später erfolgen kann und es muss demnach jede weitere, die Erfüllung betreffende Verabredung entweder blos oder mit einer Zeitbestimmung sein. Wird nun erwogen, dass der Geklagte das Versprechen, 1000 Kilogramm Fuchsin der oben bezeichneten Art zum Preise von 10·75 M. liefern zu wollen, angenommen hat, so unterliegt es nach dem Gesagten keinem Zweifel, dass er durch die Annahme dieses Versprechens bezüglich dieser Waaren einen Kaufvertrag geschlossen, und dass der bezüglich der Erfüllung getroffenen weiteren Verabredung, welche in dem Worte „auf Abruf" zum Ausdrucke gelangt ist, keine andere Bedeutung, als die einer Zeitbestimmung beigemessen werden kann, und da nach den Bestimmungen des Art. 278 HGB und § 914 ABG Verträge so auszulegen sind, dass sie von Wirkung seien und dem Willen der Contrahenten entsprechen, im gegebenen Falle aber jeder vernünftige Grund mangelt, anzunehmen, dass die klägerische Firma sich zur Lieferung von 1000 Kilogramm Fuchsin verpflichten, dagegen es ganz in das Belieben des Geklagten stellen wollte, ob dieser hiervon 10 Kilogramm oder auch gar nichts beziehen wolle, so kann dem mehrerwähnten Ausdrucke „auf Abruf" lediglich die Bedeutung beigelegt werden, dass der Geklagte sich vorbehalten hat, den Zeitpunkt

der Erfüllung später zu bestimmen. Nun behauptet zwar der Geklagte, dass damit auch die Zeitbestimmung ganz seinem Belieben überlassen sei, diese Ansicht entspricht jedoch dem Wesen des Handelsverkehres, welches eben auf Abwicklung der Geschäfte in absehbarer Zeit gerichtet ist, nicht, es muss vielmehr gemäss Art. 1 und 278 HGB diese Bestimmung dahin aufgefasst werden, dass für die Erfüllung keine bestimmte Zeit festgesetzt wurde, und in diesem Falle hat der Geklagte gemäss § 916 ABG sofort, das heisst ohne unnöthigen Aufschub, zu beziehen. Ob aber ein unnöthiger Aufschub vorhanden ist, mit anderen Worten, ob der betreffende Contrahent, hier der Geklagte, im Verzuge ist, muss aus den Umständen geschlossen werden. Im gegebenen Falle ist nun der Geklagte ein Kaufmann, und hat zugestandenermassen in der Zeit vom Februar bis October 1884 von der gleichen Waare 265 Kilogramm bezogen und dann 1000 Kilogramm „auf Abruf" gekauft, es muss demnach geschlossen werden, dass er diese 1000 Kilogramm in beiläufig und verhältnissmässig derselben Frist zu beziehen hatte, wie die früher bezogenen 265 Kilogramm, weil ja zum mindesten sein damaliger Bedarf ihn zum Ankaufe des grossen, in einzelnen Partien zu liefernden Waarenquantums veranlasste. Da aber der Geklagte unbestritten in der Zeit vom October 1884 bis zum Zeitpunkte der Klage, das ist 13. Juni 1888, blos 148 Kilogramm der gekauften Waaren bezogen hat, und sich auch gegenwärtig mehr zu beziehen weigert, so unterliegt es keinem Zweifel, dass er mit dem Bezuge der Waare im Verzuge ist. Nachdem nun der Geklagte nicht einmal behauptet, dass die klägerische Firma ihrerseits zur Erfüllung nicht bereit gewesen wäre, das Gegentheil aus der notariellen Intimation (Beilage B) hervorgeht, laut welcher der Geklagte zum Bezuge aufgefordert wurde, so unterliegt es keinem Zweifel, dass die klägerische Firma von dem ihr nach Art. 354 HGB zustehenden Rechte, auf Erfüllung zu dringen, Gebrauch machen kann. Nachdem nun die Erfüllung auf Seite des Geklagten aber in der Zahlung des Kaufpreises besteht, die Bereitwilligkeit der klägerischen Firma zur Erfüllung ihrerseits aber nie bestritten wurde, und diese Erfüllung lediglich durch die Weigerung des Geklagten, zu beziehen, unmöglich gemacht wurde, die Einwendung desselben aber, dass eine oder die andere der bezogenen Partien qualitätswidrig war, und dies ihn zur Einstellung des Bezuges veranlasst habe, keinerlei Beachtung verdient, weil weder der Kaufpreis der bezogenen Partien eingeklagt, noch auch vom Geklagten auch nur behauptet wurde, dass er die Waare, deren Kaufpreis hier eingeklagt ist, beaugenscheinigt und bemängelt, oder auch nur der klägerischen Firma die Qualitätswidrigkeit der früheren Waarenlieferungen als Grund seiner Bezugsverweigerung bekannt gegeben habe, so war der Geklagte zur Zahlung des eingeklagten Betrages zu verurtheilen. und waren der klägerischen Firma auch die angesprochenen Zinsen zuzusprechen, weil der Geklagte schon zur Zeit der notariellen Intimation

(Beilage B) als im Verzuge befindlich angesehen werden muss, und die Zinsen von einem späteren Zeitpunkte angesprochen werden, der Geklagte aber keinerlei Gründe angeführt hat, welche, die Zahlungspflicht bezüglich des Capitals vorausgesetzt, den Zinsenanspruch auf einen späteren Zeitpunkt fixiren würde, der Zinsenanspruch selbst aber in den Bestimmungen der Art. 354, 287 und 289 HGB begründet erscheint. Die Verurtheilung des Geklagten war auch nicht von dem Beweise der thatsächlich erfolgten Lieferung abhängig zu machen, weil er durch seine Weigerung, zu beziehen, die klägerische Firma selbst in die Unmöglichkeit, zu liefern, gesetzt hat, demnach alle Folgen dieser Weigerung umsomehr selbst zu tragen hat, als er, wie schon oben bemerkt, nicht einmal behauptet hat, dass die klägerische Firma zu liefern nicht bereit gewesen wäre. (§ 1052 ABG.)

Ueber Appellation des Geklagten hat die II. J. vorerst den Sachverständigenbeweis darüber zugelassen, dass die bei Sch. & Cie. unter Zeichen O. H. lagernde Waare, bestehend in Fuchsin, kleine Krystalle, Handelsgut mittlerer Art und Güte ist, dass sie 852 Kilogramm wiegt, und dass der Ausdruck „auf Abruf“ im Handelsverkehr nur die Bedeutung hat, dass bei Abgang der Vereinbarung bestimmter Liefertage der Geklagte dem Kläger jeweilig vorher die Partien mit der Art der Verpackung bekannt zu geben hatte, welche Kläger hierher senden sollten. Da sich bei der chemischen Analyse zeigte, dass von den 852 Kilogramm bis 300 Kilogramm als Handelsgut mittlerer Art und Güte anzusehen seien, hingegen die übrigen 552 Kilogramm aus klägerischem Versehen von einer geringeren Qualität eingesendet waren, sah sich Kläger in der Beweiskraft über diesen Sachverständigenbeweis veranlasst, sein Begehren auf die den 300 Kilogramm entsprechende Summe per 3225 M. sammt 6 Percent Zinsen, welche vorsichtsweise auch erst vom 16. December 1889 angesprochen wurden, zu restringiren, und auszuführen, dass es sich um eine theilbare Obligation handle, zumal die Erfüllung in einzelnen Partien erfolgen sollte, und dass bei den in Folge der Restringirung verhältnissmässig zuzusprechenden Kosten zu berücksichtigen sei, dass Geklagter durch sein vollständig passives Verhalten den Process provocirt, und die Geltendmachung des Betrages, um welchen der eingeklagte Anspruch reducirt wurde, besondere Kosten nicht veranlasst habe.

Hierüber hat die I. J. den Geklagten zur Zahlung des restringirten Betrages von 3225 M. sammt 6 Percent Zinsen vom 13. März 1891 verurtheilt, um das Begehren um Zuspruch der Zinsen für die Zeit vor dem 13. März 1891 abgewiesen, aus folgenden

Gründen:

Der Geklagte bestreitet vor Allem, das Fuchsin, dessen Preis eingeklagt ist, gekauft zu haben und legt zum Beweise dessen die beiden im „Contract“ benannten, ihm vom klägerischen Vereine in Ansehung der

fraglichen Lieferung zugegangenen Schriftstücke, Beilage Nr. 2 und 3, vor, von denen er selbst sagt, dass sie dem Inhalt der zwischen ihm und dem klägerischen Bevollmächtigten F. N. stattgehabten vorausgegangenen Unterredung vollständig entsprechen und aus welcher hervorgehe, dass er die in diesen Schriftstücken bezeichneten Quantitäten Fuchsin blos auf Abruf gekauft habe, wobei der Ausdruck „auf Abruf" die Bedeutung haben sollte, dass es ihm, Geklagten, frei stehe, die Waare zu beziehen oder auch nicht, so dass durch diese „Contracte" blos der klägerische Verein, nicht aber auch Geklagter gebunden sein sollte. Durch das übereinstimmende Gutachten der diesbezüglich einvernommenen beiden Sachverständigen ist erwiesen, dass der Ausdruck „auf Abruf" im Handelsverkehr in dem Falle, als bestimmte Liefertage nicht vereinbart sind, nur die Bedeutung hat, dass der Käufer den Verkäufer jeweilig vorher die einzusendende Partie mit der Art der Verpackung anzugeben hat, und dass der Ausdruck ein vollkommen abgeschlossenes Kaufgeschäft voraussetze. Hierdurch erscheint diese Einwendung des Geklagten widerlegt, und seine Verpflichtung zum Bezuge der in den beiden Contracten bezeichneten Qualitäten dargethan. Es erübrigt noch in dieser Richtung klar zu stellen, ob der Geklagte verpflichtet erscheint, die ganzen in der Beilage Nr. 2 und 3 bezeichneten Quantitäten, respective bei erfolgter Restringirung des Klagebegehrens 300 Kilogramm Fuchsin gegenwärtig auf einmal zu beziehen. Nun behauptet der Geklagte zwar, dass durch den Ausdruck „auf Abruf" die Zeit, innerhalb welcher er abzuberufen hatte, ganz in sein Belieben gestellt sei. Diese Behauptung ist jedoch mit Rücksicht darauf, dass es sich im gegebenen Falle um ein Handelsgeschäft handelt, weder im Handelsgebrauche, noch im Gesetze begründet; denn der Handelsverkehr ist ja der Natur der Sache nach auf Abwickelung der Handelsgeschäfte in absehbarer Zeit gerichtet, und es muss die Vertragsbestimmung, dass nur auf Abruf zu liefern sei, wenn damit auch dem Geklagten eine gewisse Willkür in der Zeit des Bezuges vorbehalten war, doch gemäss Art. 1 und 278 HGB dahin aufgefasst werden, dass für die Erfüllung keine bestimmte Zeit festgesetzt wurde, der Geklagte daher gemäss § 904 ABG sofort, d. h. ohne unnöthigen Aufschub zu beziehen hatte. Ob aber dem Geklagten unnöthiger Aufschub zur Last fällt, muss im gegebenen Falle aus den Umständen geschlossen werden, und es ist der dem Kaufabschlusse vorhergehende Geschäftsverkehr in derselben Waare zwischen dem Kläger und dem Geklagten ein zur diesfälligen Beurtheilung vollkommen taugliches Moment. Nun hat der Geklagte unbestritten in der Zeit vom Februar bis October 1884 vom Kläger in mehreren Partien 265 Kilogramm der gleichen Waare bezogen, und dann 1000 Kilogramm dieser Waare „auf Abruf" gekauft; es muss daher, abgesehen von den vom Kläger diesbezüglich angebotenen Beweisen, geschlossen werden, dass der Geklagte diese 1000 Kilogramm in annähernd derselben Frist beziehen wollte und zu beziehen

hatte, wie früher die 265 Kilogramm, weil ja zum mindesten sein damaliger Bedarf ihn zum Ankauf der grossen, in einzelnen Partien zu liefernden Waarenquantitäten veranlasst hat. Es muss demnach der Geklagte, welcher unbestritten in der Zeit vom October 1884 bis zum Tage der Klage blos 148 Kilogramm bezogen hat und bis heute sich weigert, den Rest zu beziehen, als in mora befindlich angesehen werden, und er muss es als eine Folge seines Verzuges tragen, wenn der Kläger ihn nun dazu verhält, eine grössere Quantität auf einmal zu beziehen. Nachdem nun der klägerische Verein, wie durch die notarielle Intimation (Beilage B) in vollglaubwürdiger Weise dargethan ist, seinerzeit zu erfüllen bereit war, so steht ihm gemäss § 1052 ABG und Art. 354 HGB zweifellos das Recht zu, den Geklagten auf Erfüllung zu belangen, und der Geklagte kann nicht einwenden, dass ihm die Waare nicht geliefert wurde, weil er sich ja eben weigert, dieselbe zu beziehen. Hieran ändert auch die Behauptung des Geklagten, dass eine oder die andere Partie der bezogenen Waare qualitätswidrig war, nichts, denn erstens ist nicht der Preis dieser Waarenpartien Gegenstand dieses Rechtsstreites, zweitens hat der Geklagte dadurch, dass er die Waaren in kleineren Partien beziehen wollte, gemäss Art. 347 HGB auch die Verpflichtung, jede einzelne Theillieferung zu prüfen und eventuell zu bemängeln. Nun hat der Geklagte zwar im Laufe des Processes bestritten, dass der klägerische Verein Handelsgut mittlerer Art und Güte zur Lieferung angeboten habe, es ist jedoch durch den diesbezüglich durchgeführten Sachverständigenbeweis dargethan, dass von der zur Erfüllung angebotenen Waare 300 Kilogramm Primaqualität sind, in Ansehung dieser Quantität eine Weigerung des Bezuges nicht begründet erscheint. Freilich hat der Geklagte bei Vornahme des Sachverständigenbefundes die Identität der den Sachverständigen vorgewiesenen, mit den ihm zur Lieferung angebotenen Waaren bestritten; da es ihm jedoch freigestanden wäre, die den Sachverständigen vorzuweisenden und vorgewiesenen Waaren als Lieferung in Anspruch zu nehmen, so entbindet auch diese Bestreitung, bei der erwiesenen Bereitwilligkeit des klägerischen Vereines zur Lieferung, den Geklagten von der Erfüllung seiner Vertragspflicht nicht, und es musste dem auf Zahlung dieses 300 Kilogramm betragenden Theiles der Waare restringirten Klagebegehren stattgegeben, dagegen der klägerische Zinsenanspruch für die Zeit vor dem 13. März 1891 als dem Tage der Vornahme des Sachverständigenbefundes abgewiesen werden, weil es gemäss § 12 AGO Sache des Klägers gewesen wäre, am geeigneten Orte auch die erforderlichen Beweise für die Identität der den Sachverständigen vorzuweisenden Waaren mit den zur Lieferung bestimmten anzubieten, durch die Bestreitung der Identität der Waare aber die ordnungsmässige Erfüllung des Vertrages seitens des Klägers zu einem früheren Zeitpunkte, als dem Tage der Vornahme des gerichtlichen Augenscheines, respective dessen volle Bereitwilligkeit zur Erfüllung unerwiesen blieb.

Ueber Appellation des Geklagten hat die II. J. diese E. theilweise bestätigt, theils abgeändert und erkannt: Der Geklagte sei schuldig, dem klagenden Vereine den restringirten Betrag per 3225 M. sammt 6 Percent Zinsen vom 13. März 1891 gegen Ausfolgung der bei Sch. & Cie. lagernden (näher specificirten) sechs Kisten zusammen per 300 Kilogramm Fuchsin, kleine Krystalle, zu bezahlen aus folgenden

Gründen:

Der Geklagte stützt sich in seiner Appellation zunächt auf seine Einwendung, dass er nicht gekauft, sondern nur contrahirt habe; dass der Kläger nichts ohne „Abruf" liefern durfte, daher derselbe nichts fordern könne, weil der Geklagte zur Annahme der Waare ohne „Abruf" nicht verpflichtet gewesen sei. Allein es ist mit Recht hervorgehoben worden, dass schon in der Annahme des von dem einen dem anderen Theile gemachten Versprechens, ihm eine Waare gegen bestimmtes Entgelt zu liefern, der Abschluss eines beide Theile gleichmässig bindenden Vertrages gelegen sei (§ 861 ABG); die wenigen Fälle, wo nach dem Gesetze der Rücktritt lediglich der Willkür des einen Theiles vorbehalten wird, stellen sich, abgesehen von der mehr oder minder kurzen Frist, während welcher der andere Contrahent gebunden ist, als Ausnahmen dar, deren Voraussetzungen genau nachgewiesen werden müssen. Im vorliegenden Falle hat der Geklagte selbst in Beilage Nr. 2 und 3 mit der Bezeichnung „Contract" versehene Schriftstücke vorgelegt, deren Inhalt nach seiner eigenen Angabe in der Einrede dem Inhalte der vorausgegangenen mündlichen Abmachung vollständig entsprechen, und die er anstandslos entgegengenommen hat, so dass der Inhalt der beiden Urkunden, mag er nun in gedruckten oder geschriebenen Worten bestehen, allerdings auch gegen ihn gelten muss. Im Eingange beider genannten, als „Contract" bezeichneten Schriftstücke bestätigt der klagende Verein in der seitens des Verkäufers gegenüber dem Käufer usuellen Form die Annahme eines ihm durch den Geklagten ertheilten Auftrages, und es wird sich bezüglich der Bedingungen einfach auf die üblichen Conditionen bezogen, so dass es nur die, und zwar mit Bezug auf die Lieferungen der vorstehend specificirten Waaren, also in Bezug auf die Ausführung der Bestellung vorkommenden Worte „auf Abruf" sind, auf welche der Geklagte seine Einwendungen zu stützen vermag, dass durch das Uebereinkommen nur der klagende Verein gebunden, er selbst dagegen vollkommen frei geblieben sei. Dabei ist jedoch nicht nur der § 914 ABG, nach welchem ein Vertrag so erklärt werden soll, dass er keinen Widerspruch enthalte und von Wirkung sei, sondern insbesondere auch der Art. 278 HGB und der Umstand zu berücksichtigen, dass die auf beiderseitiger Speculation beruhende Natur des geschäftlichen Verkehrs zwischen Kaufleuten ohne zwingende Gründe die Annahme nicht aufkommen lässt, dass ein Vertrag von den Contrahenten beabsichtigt worden

sei, durch welchen es bei einer Preisschwankungen unterliegenden Waare dem Belieben des einen Contrahenten — während eines sich weit erstreckenden Zeitraumes — überlassen worden wäre, die Waare zu einem fixen Preise zu beziehen oder den Bezug zu unterlassen, so dass der sich aus Preisschwankungen ergebende Gewinn ausschliesslich dem einen Theile, der daraus resultirende Verlust ohne Aequivalent ausschliesslich dem anderen Theile zuzufallen gehabt hätte. Es muss dies umsomehr gelten, als die in den Contracten vorkommende Bestimmung, dass die Lieferung der 1000 Kilogramm Fuchsin à 10·75 M. „auf Abruf", das ist nach Massgabe der dem klagenden Verein von Seite des Geklagten zugehenden speciellen Weisungen, vor sich gehen solle, sehr wohl die Erklärung zulässt, dass dem Geklagten zum Bezuge nach Zeit und Mass freierer Spielraum zugestanden werden wollte, so dass nach Obigem die Festsetzung einer den Umständen angemessenen und namentlich der bisherigen Geschäftsverbindung entsprechenden Erfüllungszeit in Kraft zu treten hat, während von einer Mora, respective schuldbaren Verzögerung des Verkäufers ohne vorausgegangenen Abruf nicht die Rede sein konnte. Keinem Zweifel kann es unterliegen, dass insbesondere in Ansehung der heute noch in Rede stehenden 300 Kilogramm Fuchsin der bis zur Klageführung, respective bis zu der am 13. März 1891 erfolgten Vornahme des gerichtlichen Augenscheines verstrichene Zeitraum unter den gegebenen Verhältnissen als ein für die Abwicklung eines derartigen Handelsgeschäftes ausreichender angesehen werden muss. Betreffend die Vertragserfüllung auf Seite des klagenden Vereines, so lag es nicht in dessen Macht, dieselbe ohne Mitwirkung des Geklagten zu bewirken und vor Anbringung der Klage die Uebernahme der Waare zu erzwingen. Zur Fundirung der Klage genügte daher die Bereitwilligkeit, zu erfüllen, und es entspricht auch die Hinterlegung bei einem Spediteur dem Art. 343 HGB, ohne dass es bei der von vorneherein ausgesprochenen Weigerung des Geklagten, die Waare zu empfangen, auf den zwecklosen Versuch, sie ihm in seinem Geschäftslocale zu übergeben, ankommen konnte. Die Verurtheilung des Geklagten zur Zahlung des restringirten Betrages wird daher aus diesen und aus den durch die Appellation nicht widerlegten erstrichterlichen Gründen und in der Erwägung als gerechtfertigt erkannt, dass vom Geklagten gegenüber den bezüglichen umständlichen Widersprechungen des Klägers nirgends erweislich gemacht worden ist, dass die 148 Kilogramm Fuchsin, welche er nach den Contracten bezogen hat, mangelhaft gewesen seien, und dass eine solche Mangelhaftigkeit ihm Anlass gegeben habe, den weiteren Bezug zu unterlassen; in der Erwägung ferner, dass der Geklagte eine Bestreitung der Identität der angebotenen mit der den Sachverständigen vorgewiesenen Waare am gehörigen Orte nicht erhoben hat, und dass die Zinsen nur seit 13. März 1891 zuerkannt worden sind. Die Abänderung des erstrichterlichen U. dahin, dass der restringirte Betrag

gegen Ausfolgung der sechs Kisten mit 300 Kilogramm Fuchsin zu zahlen sei, erfolgt über die bezügliche Beschwerde des Appellanten aus dem Grunde, weil im Sinne des Art. 325 HGB und des ABG der Kaufpreis bei der Uebergabe der Waare zu entrichten ist, und weil der klagende Verein selbst von den in Wien lagernden Kisten jene genau bezeichnet hat, welche zu übergeben seien.

Die vom Geklagten gegen dieses U. eingebrachte Revisionsbeschwerde wurde vom OGH zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

Der Geklagte ficht die im Wesentlichen gleichförmigen E. der Untergerichte wegen vermeintlicher offenbarer Ungerechtigkeit in zweifacher Richtung an. Belangend 1. die Nichtberücksichtigung des von ihm bei der Aufnahme des Kunstbefundes erhobenen Widerspruches gegen die Identität der den Sachverständigen zur Untersuchung vorgewiesenen Waare mit jener, welche ihm, Geklagten, zur Uebernahme angeboten worden ist, so hat das Obergericht mit Recht betont, dass dieser Widerspruch nicht an dem processual richtigen Orte geltend gemacht worden ist. Der klägerische Verein hat in der Replik den Sachverständigenbeweis darüber angeboten, dass die bei der Speditionsfirma Sch. & Cie eingelagerten, dem Geklagten zur Uebernahme angebotenen Waaren Handelsgut mittlerer Art und Güte sind. Sache des Geklagten wäre es gewesen, in den Processschriften für den Fall der Zulassung dieses Beweises die Identität der den Sachverständigen vorzuweisenden mit den ihm angebotenen Waaren zu bestreiten; da er dies unterliess und auch nicht der geringste Anhaltspunkt für einen Zweifel in dieser Richtung vorliegt, war mit vollem Rechte dem bei der Beweisaufnahme vom Geklagten erhobenen Widerspruch keine Bedeutung beizumessen. 2. Was die vom Unterrichter ausgesprochene Theilbarkeit der Lieferung betrifft, so konnte weder aus der Natur des Vertrages, noch aus der Absicht der Contrahenten, noch aus der Beschaffenheit des zu leistenden Gegenstandes (Art. 359 HGB) geschlossen werden, dass die Lieferung der bei der Firma Sch. & Cie. für den Geklagten eingelagerten 852 Kilogramm Fuchsin eine untheilbare sein soll, so dass bei qualitätenwidriger Beschaffenheit eines Theiles der Waare (552 Kilogramm) der Geklagte nicht verpflichtet wäre, das restliche, vollkommen vertragsmässig beschaffene Quantum von 300 Kilogramm zu übernehmen und zu bezahlen. Es kann demnach von einer offenbaren Ungerechtigkeit nicht die Rede sein, und da ebensowenig eine Nichtigkeit in irgend einer Richtung vorliegt, fehlen die Voraussetzungen, unter welchen nach Hofd. vom 25. Februar 1833, Nr. 2593 JGS, die Abänderung gleichförmiger E. der Untergerichte zulässig ist.

2720.

Die in einer Factura enthaltene Erklärung, keine Zahlung anerkennen zu wollen, welche nicht auf ausdrückliche Bestimmung der Ausstellerin geschehen ist, hat zur Folge, dass jede, ohne specielle Ermächtigung zur Eincassirung, an einen Dritten geschehene Zahlung unwirksam ist.

E. v. 13. April 1892, Z. 4149. — (GH 41 ex 92, Seite 346.)

I. HG Triest.
II. OLG Triest.

Die I. J. hat die Klage der Firma B. gegen T. auf Zahlung von 60 fl. unbedingt abgewiesen aus folgenden, den Sachverhalt darstellenden

Gründen:

Der Beklagte behauptet, seine Schuld dadurch getilgt zu haben, dass er den Kaufpreis für den gelieferten Ballen Kaffee der Firma R., Repräsentanten der Klägerin in L., entrichtete, gibt auch zu, die bezügliche Factura erhalten zu haben, welche die Clausel enthielt, dass die Klägerin keine Zahlung anerkenne, welche nicht in Folge einer von ihr unmittelbar getroffenen Verfügung erfolgt wäre. Klägerin erklärt die erfolgte Zahlung in Hinblick auf den erwähnten Vorbehalt als wirkungslos, gibt jedoch zu, allerdings den Brief vom 7. August 1888 geschrieben zu haben, worin sie unter Kenntnissnahme der an die Firma R. geschehenen Zahlung, dieser Firma den Auftrag ertheilt, ihr den Betrag zuzusenden, um die nöthigen Verbuchungen vornehmen zu können. Mit dieser Erklärung und indem sie, bezüglich des von ihrer Repräsentantin eincassirten Geldes eine Verfügung trifft, hat Klägerin die von T. zu Handen der Firma R. geleistete Zahlung ohneweiters als wirksam anerkannt, so wie sie denn auch stillschweigend das Vorgehen der Firma R. dadurch gutgeheissen hatte, dass sie auf deren Mittheilung vom 3. August 1888, dass sie den von T. eincassirten Betrag der Klägerin im conto corrente gutgeschrieben habe, keine Antwort ertheilte. Klägerin konnte nach alledem nicht mehr gegen den ursprünglichen Schuldner klagend auftreten, da Letzterer von seiner Verbindlichkeit als befreit anzusehen ist, ohne dass es nöthig wäre, in die Beurtheilung der von den Parteien weitläufig erörterten Fragen einzugehen, ob die Firma R., sei es in Folge einer stillschweigenden Vollmacht oder auf Grundlage der Art. 47, 49 HGB ermächtigt gewesen sei, die in Frage stehende Summe einzucassiren.

Die II. J. hat über Appellation der Klägerin abändernd auf Stattgebung des Klagebegehrens erkannt und dieses Erkenntniss wurde in Folge Revision des Beklagten vom OGH bestätigt.

Gründe:

Dem Briefe vom 7. August 1888 kann durchaus nicht der Sinn beigelegt werden, als wenn damit die klagende Firma die vom Beklagten an

die Firma R. geleistete Zahlung des auf Grund der Factura vom 3. April 1888 geschuldeten Betrages von 60 fl. genehmigt und den Beklagten von jeder weiteren Verbindlichkeit enthoben hätte. Auch kann der Mangel einer Erklärung der klagenden Firma auf den im Briefe vom 3. August 1888 gestellten Antrag, den vom T. eincassirten Betrag der Klägerin im conto corrente gutschreiben zu wollen, nicht als eine stillschweigende Annahme dieses Antrages ausgelegt und daraus gefolgert werden, dass Klägerin von dem Zeitpunkte an die Firma R. als Schuldnerin des Betrages im conto corrente anerkannt habe, zumal sie ja ausdrücklich im Briefe vom 7. August 1888 die Einsendung des Betrages fordert. Durch diesen Brief erscheint daher Beklagter von seiner Verpflichtung zur Zahlung des laut Factura B schuldigen Betrages der Klägerin gegenüber nicht enthoben, sofern er nicht beweist, dass die Firma R., sei es als Agent der klagenden Firma, sei es auf Grund einer speciellen Vollmacht dieser Letzteren, zur Empfangnahme obigen Betrages für ihre Rechnung berechtigt gewesen sei oder aber den in Empfang genommenen Betrag der klägerischen Firma auch wirklich eingesendet und diese ihn erhalten oder die Firma R. als nunmehrige Schuldnerin des Betrages anerkannt habe.

Allein Beklagter hat weder den Umstand, dass die Firma R. den von ihm ihr übergebenen Betrag von 60 fl. der Klägerin übermittelt und Letztere selben in Empfang genommen habe, noch andererseits den Umstand erwiesen, dass R. von der Klägerin zur Eincassirung dieses Betrages für ihre Rechnung ermächtigt worden sei.

Aus dem Umstande allein, dass bei früheren Anlässen Beklagter Zahlungen an die Firma R. für Rechnung der Klägerin geleistet und Letztere diese genehmigt habe, kann nicht gefolgert werden, dass ungeachtet der in der Factura B enthaltenen Erklärung der Klägerin, keine Zahlungen anerkennen zu wollen, die nicht auf ihre ausdrückliche Bestimmung geschehen, auch in diesem speciellen Falle die Zahlung an die Firma R. rechtswirksam erfolgen konnte. Sobald nun angesichts dieser ausdrücklichen Erklärung in der Factura eine specielle Ermächtigung der Firma R. zur Eincassirung des Schuldbetrages für Rechnung der Klägerin, andererseits aber auch die seitens der Firma R. erfolgte Einsendung des eincassirten Betrages an die Klägerin nicht nachgewiesen wurde, besteht die Verpflichtung des Beklagten T. aus der Factura B der klägerischen Firma gegenüber noch immer aufrecht und erscheint daher das Klagebegehren, sowie das demselben stattgebende U. II. J. gerechtfertigt und musste daher Letzteres unter Verwerfung der dagegen eingebrachten Revision bestätigt werden.

2721.

Durch ein Uebereinkommen, durch welches der Wechselschuldner dem Gläubiger mit der Vereinbarung Forderungen cedirt, dass dieselben nach ihrem Eingang ihm als Zahlung gutzuschreiben seien, wird der ursprünglich unbedingt übergebene Wechsel zu einem Deckungswechsel und kann nicht eingeklagt werden, solange die Eintreibung der cedirten Forderungen nicht abgeschlossen ist.

E. v. 13. April 1892, Z. 4221. — (JB 23 ex 92, Seite 276.)

B hat der Firma A & S zur Deckung seiner Waarenschuld ein Accept übergeben. Noch vor Fälligkeit desselben bat er, dass ihm noch weitere Waaren gegen Credit verkauft würden und erhielt von A & S die Auskunft, dass er der Firma A & S zunächst einzelne Hypothekarforderungen cediren müsse. B that dies, erhielt jedoch dann keinen weiteren Credit. Die Wechselklage der A & S wurde von der I. J. unbedingt abgewiesen.

Gründe:

B erhebt gegen die Klage, beziehungsweise den erflossenen Zahlungsauftrag folgende Einwendungen: 1. Der Klagswechsel sei novirt und der klägerischen Firma falle eine Arglist zur Last, denn der Geklagte habe der klägerischen Firma anlässlich der aus der beiderseitigen Geschäftsverbindung derselben gegen ihn zustehenden Forderungen und zu deren Sicherstellung mehrere Hypothekarforderungen abgetreten, aus welchen sich die klägerische Firma bezahlt zu machen hatte, dieselbe nehme jedoch trotz der Novation die Wechselforderung in Anspruch; 2. der Klagswechsel sei ein Deckungswechsel, der erst dann eingeklagt werden könnte, wenn die cedirten Hypothekarforderungen nicht zur Zahlung gelangen; 3. die Wechselforderung sei durch Bezahlung der abgetretenen Forderungen getilgt; 4. die klägerische Firma habe der Anna S., welche die cedirten Forderungen im Betrage von 200 fl. sammt Nebengebühren und 131 fl. sammt Nebengebühren schuldet, bis Februar oder März 1891 zuzuwarten versprochen, und es wäre die klägerische Firma erst dann, wenn diese Forderungen nicht eingingen, berechtigt, den ihr lediglich als Deckung belassenen Wechsel einzuklagen. Die Einwendungen 1, 2 und 4 sind ohne Belang. Ad 1. Es ist nicht festgestellt worden, dass der vorliegende Wechselvertrag in einen gemeinrechtlichen umgewandelt worden wäre. Durch die von beiden Parteien bezogene Cessionsurkunde aber, deren Würdigung ad 3 erfolgt, ist ein Neuerungsvertrag im Sinne des § 1376 ABG, demzufolge der Rechtsgrund oder der Hauptgegenstand der Wechselforderung verwechselt worden wäre, nicht erfolgt, denn die besagte Cessionsurkunde lässt die eingeklagte Wechselforderung unberührt. Diese konnte demnach nach Verfall eingeklagt werden und kann in deren Eintreibung an sich ein dolus seitens der klägerischen Firma nicht erblickt werden. Ad 2. Der Klags-

wechsel kann als Deckungswechsel nicht aufgefasst werden, wie aus den Erörterungen zu 3 entnommen wird. Ad 4. Die gegenüber einer dritten Person (dem Cessus) und bezüglich ganz anderer Forderungen angeblich gewährte Stundung ist im vorliegenden Wechselprocesse ohne rechtliche Wirkung. Ad 3. Durch die beiderseitigen Angaben und durch die vom Geklagten selbst berufene, von der klägerischen Firma producirte und vom Geklagten unbeanständete Cessionsurkunde ist nach § 107, beziehungsweise 114 AGO erwiesen, dass der Geklagte der klägerischen Firma unter eigener Haftung für die Richtigkeit und Einbringlichkeit in das volle und unbeschränkte Eigenthum die Hypothekarforderungen per 200 fl. s. N. G., per 131·47 fl. s. N. G. und per 72 fl. s. N. G. und die ausserbücherliche Forderung per 27 fl. abgetreten hat, dass sich die Parteien über die Cessionsvaluta dahin geeinigt haben, dass die Firma A & S die auf diese Forderungen bei ihr eingehenden Beträge nach deren Eingang abzüglich der Kosten dem B als Zahlung gutschreiben wird, und dass sich B verpflichtete, die Kosten der Ausfertigung, der Uebertragung und der Eintreibung der cedirten Forderungen aus Eigenem zu tragen und für die Einbringlichkeit der cedirten Forderungen ohne Rücksicht auf die Bestimmungen der §§ 1398 und 1399 ABG zu haften. Durch die beiderseits gegebenen Aufklärungen waren die cedirten Forderungen dazu bestimmt, für die zur Zeit der Cessionsausstellung der klägerischen Firma gegen B aus deren Geschäftsverbindung bestehenden Forderungen Sicherheit zu bieten. Durch die übereinstimmenden Anführungen beider Theile ist ferner nach § 107 AGO erwiesen, dass bei der klägerischen Firma und beziehungsweise zu Handen ihres Vertreters Dr. D 287·80 fl. eingegangen sind. Aus dem Voranstehenden ist zu entnehmen, dass die vereinbarte Cession nur den rechtlichen Zweck hatte, zur Deckung der klägerischen Forderungen gegen den Geklagten zu dienen und dass die klägerische Firma abredemässig gehalten war, die eingehenden Gelder zu Gunsten des Geklagten als Zahlung anzunehmen. Allerdings ist in der Cessionsurkunde keine nähere Bestimmung darüber enthalten, welche speciellen Forderungen dieser Firma gegenüber dem Geklagten sicherzustellen waren, allein die oberwähnte beiderseitige Aufklärung lässt keinen Zweifel darüber übrig, dass Gegenstand einer solchen Sicherstellung die gesammten, damals bestandenen Geschäftsforderungen der klägerischen Firma gegen den Geklagten waren und sonach auch die aus der Geschäftsverbindung bestehende, zur Zeit der Cessionsausstellung bereits feststehende, gegenwärtig eingeklagte Wechselforderung. Die seitens der debitores cessi geleistete Zahlung von 287·80 fl. muss gegenüber der klägerischen Firma als rechtswirksam und in Ansehung des Geklagten als schuldbefreiend angesehen werden, weil dies in der Cession ausdrücklich vorgesehen ist, somit die Rechtswirkungen nach §§ 1394, 1412 ABG eintreten. Es bleibt nur noch zu erörtern, ob diese Rechtswirkungen bezüglich der eingeklagten Wechselforderung platzgreifen oder nicht. Diesbezüglich behauptet die

klägerische Firma, die Zahlung sei auf die im Contocorrent lit. C ersichtliche Gesammtforderung geleistet worden, keineswegs aber auf die Wechselforderung; zudem müsse, nach der Behauptung der klägerischen Firma, über die eingegangenen und eingehenden Forderungsbeträge aus den cedirten Forderungen vorerst eine Verrechnung erfolgen, wornach erst festzustellen wäre, was dem Geklagten gutzuschreiben sei. Nun ist durch den von der klägerischen Firma selbst beigebrachten Contocorrent lit. C festgestellt, dass dem Geklagten in dem Haben unter'm 10. Juni 1890 ein Wechselaccept, fällig am 14. September 1890 per 247·05 fl. zugute, nach Rücklösung am 14. September 1890 aber wieder zur Last geschrieben wurde, ferner ist durch das unbeanständete, an Dr. R gerichtete Schreiben der klägerischen Firma Nr. 2 nach § 114 AGO erwiesen, dass am 14. September 1890 diese Firma gegen B lediglich zwei Forderungen zu stellen hatte, nämlich 247·05 fl. und 63·23 fl. Diese Wechselforderung per 247·05 fl. ist jedenfalls für den Schuldner für beschwerlicher zu halten als die Buchschuld, und ist nach § 1416 ABG die Annahme berechtigt, dass die erfolgte Zahlung von 287·80 fl. in erster Linie auf die Wechselforderung geschehen und die eingeklagte Wechselforderung von 222·48 fl. s. N. G. vollständig bezahlt ist. Es war daher der diesbezügliche Zahlungsauftrag über die Einwendungen als rechtsunwirksam aufzuheben und die klägerische Firma nach § 24 Proc.-Nov. in den Ersatz der Processkosten zu verfällen.

In der Appellationsbeschwerde führte die klägerische Firma aus, dass in der Cession lediglich ein Eincassirungsmandat gelegen sei, weshalb der Geklagte nur das Recht habe, die Rechnungslegung von ihr zu begehren, dass ferners, weil die als Abweisungsgrund angenommene Zahlung erst im Laufe des Strittes erfolgt sei, die klägerische Firma zur Zahlung der gesammten Kosten nicht verfällt werden könne.

Die II. J. hat das U. I. J. wohl bestätigt, die Wechselklage jedoch nur für dermalen abgewiesen.

Gründe:

Die Klägerin gibt selbst an, dass sie den Klagewechsel per 247·05 fl. ausgestellt und Geklagter denselben acceptirt habe, und dass der Klägerin zur Zeit der Ausstellung der Cession vom 19. August 1890 gegen den Geklagten ausserdem nur noch eine Buchforderung per 63·23 fl. zustand, dass hiernach ihr Gesammtguthaben 310·28 fl. betrug. Nach Inhalt der Cession hat der Geklagte der Klägerin Forderungen per 430·47 fl., wovon 403·47 fl. grundbücherlich sichergestellt waren, in deren volles und unbeschränktes Eigenthum abgetreten, und es wurde auch das bisher für den Geklagten haftende Pfandrecht grundbücherlich an die Klägerin übertragen. In der Cession heisst es, dass sich Geklagter und die Klägerin über die Cessionsvaluta dahin geeinigt haben, dass die Klägerin die auf die cedirte Forderung bei ihr eingehenden Beträge nach deren Eingang abzüglich der Kosten dem Kläger als Zahlung gutschreiben wird. Es ist

daher thatsächlich zwischen der Klägerin und dem Geklagten B ein Neuerungsvertrag zu Stande gekommen, nach welchem Geklagter der Klägerin die oberwähnten Forderungen an Zahlungsstatt abgetreten hat. Allerdings hat die erwähnte Einigung bezüglich der Cessionsvaluta die Wirkung, dass die Klägerin jenen Theil ihrer ursprünglichen Forderung, welcher nach Eintreibung der cedirten Forderungen etwa nicht zur Zahlung gelangen sollte, gegen den Geklagten geltend machen kann; dieses Recht der Klägerin setzt jedoch den Nachweis der erfolgten Eintreibung der abgetretenen Beträge und der Unzureichung der einbringlich gemachten Beträge zur Tilgung der ursprünglichen klägerischen Forderung voraus. Auf Grund des Klagewechsels allein den in dem Wechsel bezeichneten Betrag zu fordern, hat aber die Klägerin in Folge des inzwischen liegenden Neuerungsvertrages kein Recht. Da aber die Möglichkeit nicht ausgeschlossen ist, dass die cedirten Forderungen nicht eingehen würden und in diesem Falle die Klägerin berechtigt erscheint, ihre aus dem in Frage stehenden Wechsel entstandene Forderung gegen den Geklagten geltend zu machen, so war zwar der über die Klage ergangene Zahlungsauftrag aufzuheben, zugleich jedoch auszusprechen, dass die Klage nur für dermal abgewiesen wird.

Der Geklagte verwies in seiner Revisionsbeschwerde darauf, dass eben der Umstand, dass in der Cession eine Novation liegt, bewirke, dass die frühere Wechselverbindlichkeit aufhöre (§ 1377 ABG) und begehrte die unbedingte Klagsabweisung, die Klägerin im Wege der a. o. Revision die Stattgebung der Klage.

Der OGH hat das obergerichtliche U. bestätigt.

Gründe:

Zur Abänderung der U. der Untergerichte mangeln die Bedingungen des Hofd. vom 15. Februar 1833, JGS Nr. 2593, da der Umstand, dass das OLG unter Zugrundelegung der vom Geklagten erhobenen Einwendungen, von einer anderen Rechtsansicht ausgehend als die I. J., den Klagsanspruch als begründet nicht erkannte, als eine Nullität nicht angesehen werden kann. Es lässt sich auch in diesen gleichförmigen U. eine offenbare Ungerechtigkeit gegenüber der klagenden Firma nicht erkennen, denn der eingeklagte Wechsel war, wie der Geklagte einwendete und aus dem von der klagenden Firma sub lit. C vorgelegten Buchauszuge zweifellos sich ergibt, ein Deckungswechsel zur Sicherstellung, zwar nicht der mit der Cessionsurkunde vom Geklagten der klägerischen Firma cedirten Forderungen, wohl aber zur Sicherstellung der Waarenkaufpreisforderung per 247·05 fl. Diesen Wechsel hätte wohl die Klägerin zur Verfallszeit bei unterbliebener Zahlung einklagen können, allein die laut der Cession B zwischen den Streittheilen zu Stande gekommenen, im Briefe der klagenden Firma vom 19. August 1890 Nr. 2 anerkannte Vereinbarung, dass die auf die cedirten Forderungen im Gesammtbetrage von 433·47 fl. o. N. G.

bei der klagenden Firma eingehenden Beträge nach deren Eingang abzüglich der Kosten der Eintreibung auf die Forderung der klagenden Firma per 310·28 fl. als Zahlung gutzuschreiben sind, da die Eintreibung nur von der klagenden Firma ausgehen konnte, war ein Hinderniss, welches der sofortigen Geltendmachung der Forderung entgegenstand, so lange die Eintreibung der der klagenden Firma in deren volles und unbeschränktes Eigenthum abgetretenen Forderungen nicht abgeschlossen war. Hieraus ergibt sich aber auch die Grundlosigkeit des o. Revisionsbegehrens des Geklagten, insoweit es sich gegen die blos dermalige Abweisung der Klage richtet, da durch die Cession lit. B an dem Rechtsbestande der klägerischen Forderungen eine Aenderung, welche die Aufhebung dieser Forderungen zur Folge gehabt hätte, nicht eingetreten ist, daher der klagenden Firma das Recht nicht entzogen werden kann, die Wechselforderung zur Geltung zu bringen, sobald das Eintreibungsgeschäft rücksichtlich der ihr abgetretenen Forderungen beendet und die Tilgung ihrer Forderungen gegen den Geklagten durch Zahlung im Sinne der Cession lit. B nicht eingetreten sein wird. Aus diesem Grunde war das obergerichtliche U. über die o. Revisionsbeschwerde zu bestätigen.

2722.

Wenn der Käufer die als mangelhaft erkannte Waare in Gebrauch nimmt und über dieselbe verfügt, so ist er weder berechtigt, dieselbe dem Verkäufer zur Verfügung zu stellen, noch einen Gewährleistungsanspruch gegen den Verkäufer zu erheben.

E. v. 13. April 1892, Z. 4304. — (GH 28 ex 92, Seite 238.)

I. KG Pilsen.

II. OLG Prag.

In der von A gegen die Firma B überreichten Klage behauptete der Kläger, dass er der geklagten Firma, Papierfabrik in Z, laut Factura ddto. 22. Mai 1890 ein Metalltuch (Metallsieb) aus einfachem Eisendraht um den Preis von 151·25 fl. auf Borg gegen drei Monate Zeit verkauft und geliefert habe; die geklagte Firma hätte jedoch diesen gemäss Vereinbarung am 22. August 1890 fälligen Kaufpreis trotz Mahnung bisher nicht bezahlt und stützt auf diese Thatsachen das Klagsbegehren, die geklagte Firma sei schuldig, ihm diesen Kaufpreis per 151·25 fl. zu bezahlen. In der Replik restringirte der Kläger diese Klagsschlussbitte mit der Motivirung, dass die geklagte Firma nach überreichter Klage 28·81 fl. an ihn bezahlt habe, auf 122·44 fl.

Alle in der Klage angeführten Thatsachen bis auf die behauptete Vereinbarung des dreimonatlichen Zieles, was widersprochen wurde, sowie auch die nach überreichter Klage behauptete Bezahlung von 28·81 fl. wurden von der geklagten Firma zugestanden, ungeachtet dessen wurde jedoch

die Richtigkeit des Klagebegehrens von derselben bestritten und zwar mit Berufung auf die Einwendung, dass die übersendete Waare nach mit Rücksicht auf den ordnungsgemässen Geschäftsgang ehethunlichst vorgenommener Untersuchung sich als nicht vertrags- und nicht gesetzmässig ergeben habe, wovon sie den Verkäufer rechtzeitig benachrichtigt hätte. Die geklagte Firma behauptete nämlich, dass sie das gelieferte Metalltuch bei Benöthigung auf die Papiermaschinen aufspannen liess, und da wurde bemerkt, dass die Mitte länger sei als die Seiten und dass das Sieb in der Mitte einen Beutel bildet. Dieselbe habe jedoch, da mit dem Aufspannen des Metalltuches auf die Maschine eine zwölfstündige Fabriksstörung und somit ein Kostenverlust von 120 fl. verbunden ist, das Metalltuch dennoch in Gebrauch genommen in der Hoffnung, dass es dem Zwecke entsprechen werde; das Tuch habe aber wegen der ungleichen Länge Falten geworfen, wodurch das Papier zerschnitten wurde, so dass es nach viertägigem Gebrauche ausgespannt werden musste. Dies habe die geklagte Firma dem Kläger mit Schreiben vom 5. Juli 1890 angezeigt und habe, da das gelieferte Sieb nicht, wie vereinbart, fehlerlos war, sondern nicht einmal die Eigenschaften eines Siebes gewöhnlicher Qualität hatte, da es nicht, wie gewöhnlich, 21 Tage, sondern blos 4 Tage gelaufen ist, am 15. December 1890 dem Kläger blos $^4/_{21}$ des Kaufpreises per 151·25 fl., d. i. 28·81 fl., bezahlt. Die geklagte Firma bat daher um Abweisung des Klagebegehrens.

Die I. J. hat die Klage abgewiesen.

Gründe:

Die geklagte Firma hat durch den zugelassenen und auch aufgenommenen Sachverständigenbeweis erwiesen, dass besagte Metalltücher durchschnittlich drei Wochen laufen, die im Betriebe ausdauern, dass Metalltücher nicht früher untersucht werden, als bis sie in Gebrauch genommen werden, dass das Aufspannen des Metallsiebes auf die Maschine, wie sie in der Fabrik der geklagten Firma in Z vorkommt, wenn auch nicht 12, so doch wenigstens 8 Stunden dauert, während welcher Zeit ein Stillstand des ganzen Fabriksbetriebes eintritt, wodurch dem Kläger an Betriebs- und Regiekosten, Capitalsverzinsung und Amortisation ein Schade zwar nicht von 120 fl., aber wenigstens von 60 fl. erwächst, dass das Sieb nicht durch unrichtiges Aufspannen auf die Maschine unbrauchbar wurde, sondern schon zur Zeit der Lieferung unbrauchbar war, dass endlich der Werth der Siebe sich nach deren Dauerhaftigkeit richtet und mit der abnehmenden Verwendungsdauer auch der Werth derselben abnimmt. Es kann demnach in dem Umstande, dass die geklagte Firma, trotzdem sie schon beim Aufspannen des Siebes bemerkte, dass dasselbe in der Mitte länger sei als auf den Seiten, und dass es in der Mitte einen Beutel bildet, dessenungeachtet in Gebrauch nahm und erst nach viertägiger thatsäch-

licher Verwendung zur Papierfabrikation ausspannen liess und hievon den Kläger verständigte, keineswegs als ein Verzicht auf das dem Käufer nach den §§ 923 und 932 ABG zustehende Recht auf Gewährleistung erblickt werden, zumal der Kläger eingestanden hat, dass die geklagte Firma, nachdem sie die gelieferte Waare untersucht hatte, den gesetzlichen oder sonstigen Mangel nach der Vorschrift des Art. 347 HGB dem Kläger angezeigt habe und eine Verspätung der Untersuchung und Anzeige vom Kläger gar nicht gerügt wird, und als ja auch die Sachverständigen bestätigen mussten, dass die Möglichkeit vorhanden ist, dass kleine Fehler durch Nachspannen der Walzen ausgeglichen werden können; ein Versuch, dies zu erzielen, ist aber schon deshalb gerechtfertigt, weil mit dem jedesmaligen Ausspannen und Einspannen des Siebes für den Papierfabrikanten eine achtstündige Fabriksbetriebsstörung und demnach ein erheblicher Schaden verbunden ist, für den Verkäufer des Siebes dagegen mit Rücksicht auf das Gutachten der Sachverständigen, dass die weitere Verwendung eines solchen unbrauchbaren Siebes demselben insoferne nicht mehr schaden kann, als dasselbe von Anfang an zur ordnungsmässigen Papierfabrikation unbrauchbar ist, ein Nachtheil nicht mehr erwachsen kann. Wenn der Kläger behauptet und bewiesen hat, dass die der geklagten Firma mit der Waare übersendete und von derselben angenommene Factura ddto. 22. Mai 1890 mit der Anmerkung: „Jedes Sieb ist mit einer Notiz, die ich gütigst zu beachten bitte“, und das eingeklagte Sieb thatsächlich mit der Notiz: „Vor dem Einziehen oder nachdem Sie das Sieb in die Maschine genommen und bevor Wasser oder Stoff über dasselbe gelassen wird, bitte ich dasselbe gründlich zu untersuchen; finden sich hiebei Fehler irgend welcher Art, die mir zur Last zu legen sind und wodurch nach Ihrer Ansicht die Haltbarkeit oder Verwendung fraglich ist, so wollen Sie dasselbe bei der Naht vorsichtig trennen und mir sorgfältigst verpackt auf meine Kosten zurücksenden, ich liefere alsdann Ersatz dafür“ versehen war, so kann doch in der Nichtbeachtung dieser Verhaltungsmassregel aus den obenangeführten Gründen und mit Rücksicht darauf, dass diese Verhaltungsmassregel, da sie nicht in der Factura selbst, sondern am Sieb angebracht war und vom Kläger selbst nur als Notiz bezeichnet wird, nicht als Verkaufsbedingung betrachtet werden, nicht ein Verzicht auf das dem Käufer nach den §§ 923 und 932 ABG zustehende Recht auf Gewährleistung gesehen werden. Die Einwendung des Klägers endlich, dass die Faltenbildung bei dem sonst fehlerfreien Metalltuche in Folge einer schiefen Walzenstellung eingetreten sein kann, ist durch den oben angeführten Befund und Gutachten der Sachverständigen, dahin lautend, dass die Waare schon zur Zeit der Lieferung unbrauchbar war, gänzlich widerlegt. Da gewöhnliche Siebe, wie sie zur Papierfabrikation verwendet werden, 21 Tage im Betriebe ausdauern, das eingeklagte Metalltuch nach Angabe der geklagten Firma und dem übereinstimmenden Be-

funde der Sachverständigen nach viertägigem Gebrauche gänzlich gebrauchsunfähig geworden ist, ergibt sich, dass das gelieferte Sieb nicht nur nicht, wie zugegebenermassen verabredet war, fehlerlos war, sondern dass es nicht einmal als Handelsgut mittlerer Art und Güte im Sinne des Art. 335 HGB betrachtet werden kann, dass daher die geklagte Firma, da weder die Beseitigung des Mangels noch die Rückstellung (Dispositionsstellung) möglich ist, berechtigt ist, die Gewährleistung, und zwar mangels handelsrechtlicher Bestimmungen hierüber nach Art. 1 des HGB im Sinne der §§ 923 und 932 des ABG einredeweise geltend zu machen und Ersatz des erlittenen wirklichen Schadens zu fordern. Da, wie aus dem schon wiederholt cit. Gutachten der Sachverständigen hervorgeht, der Werth der Metalltücher sich nach deren Verwendungsdauer richtet, so dass manche Papierfabriken ihre Siebe sogar im Abonnement beziehen und der Siebfabrik nach der Anzahl der Tage, wie lange jedes Sieb gelaufen ist, dasselbe bezahlen, besteht im gegebenen Falle, der von der geklagten Firma erlittene wirkliche Schade, abgesehen von der durch das vorzeitige Einziehen des Siebes verursachten Betriebsstörung und dem hiemit verbundenen weiteren Schaden, jedenfalls in dem im Verhältnisse zur viertägigen Verwendungsdauer um $^{17}/_{21}$ geringeren Werthe des Kaufobjectes. Es war sonach die geklagte Firma, welche dem Kläger bereits den $^{4}/_{21}$ Theil des vereinbarten Preises, d. i. den Theilbetrag von 28·81 fl. bezahlt hatte, berechtigt, die Bezahlung der weiteren $^{17}/_{21}$ des Kaufpreises, d. i. des Theilbetrages von 122·44 fl. zu verweigern, weshalb der Kläger mit seinem ungerechtfertigten Klagsbegehren abgewiesen werden musste.

Ueber Appellation des Klägers hat die II. J. diese E. abgeändert und dem restringirten Klagebegehren stattgegeben.

Gründe:

Die geklagte Firma hat zugestanden, das hier in Rede stehende Metalltuch (Sieb) um den in seiner Höhe nicht beanständeten Kaufpreis vom Kläger erkauft und geliefert erhalten zu haben, wendet aber in erster Reihe ein, dass sie dieses Sieb dem Kläger zur Disposition gestellt hat und wegen Mängel dasselbe zur Disposition zu stellen berechtigt war. Wenn nun auch die klägerischerseits erst in der Appellation gerügte Verspätung der Dispositionsanzeige nach Art. 257 AGO nicht beachtet werden kann, weil der Kläger diese Replikseinwendung im Verfahren nicht erhoben hat, und weil überdies aus dem von ihm selbst producirten Briefe lit. D vom 7. Juli 1890, welcher die Beantwortung der Mängelsanzeige vom 5. Juli 1890 bildet, hervorgeht, dass Kläger einen Einwand gegen die Dispositionsanzeige aus dem Grunde der Verspätung nicht erhoben, somit diese an sich als rechtzeitig anerkannt hat, so erweist sich doch die von der geklagten Firma erhobene Einwendung aus dem folgenden Grunde als hinfällig. Die geklagte Firma hat selbst angeführt, somit zugestanden, dass sie sofort, als sie das Sieb in Verwendung nahm, bemerkte, dass es

in der Mitte länger ist, als an den Seiten und daher gegen die Mitte zu einen Beutel bildete. Nach ihrer eigenen Angabe war eben diese Beschaffenheit des Siebes die Ursache, dass dasselbe sich in der Folge als unbrauchbar bewährte und nach viertägiger Laufzeit herausgenommen werden musste, und nach dem Gutachten der Sachverständigen liess sich dieser Fehler des Siebes gleich beim Aufspannen constatiren. Es war also der Mangel der Waare der geklagten Firma noch vor der Verwendung derselben bekannt und war es ihre Sache, die Waare sofort und ohne eine Verwendung mit derselben vorzunehmen, dem Kläger zur Disposition zu stellen. Dies hat sie aber nicht gethan, sondern das Sieb in der blossen Hoffnung, dass es sich doch als brauchbar erweisen werde, aufgespannt und vier Tage mit demselben gearbeitet, sie hat also über die Waare verfügt, ist über die Mängel derselben hinausgegangen und hat sich dadurch des Rechtes begeben, die Waare zur Verfügung zu stellen, weil Art. 347 HGB voraussetzt, dass sich die Waare bei Resolution des Vertrages in durch den Gebrauch unverändertem Zustande befindet, jeder Gebrauch der Waare die Sachlage, wie sie zur Zeit der Lieferung bestand, verändert und dem Verkäufer nicht zugemuthet werden kann, eine Waare zurückzunehmen, mit welcher der Käufer bereits Verwendung vorgenommen und dadurch über dieselbe, wie über die seine verfügt hat. Ganz abgesehen davon, in welchem Masse eine Werthverminderung an dem Siebe durch den viertägigen Gebrauch eintrat und ob dieses zur Gänze werthlos geworden ist, war also das Verhalten der geklagten Firma kein solches, welches sie zur Dispositionsstellung berechtigte, und ist diese vom Kläger mittelst des Briefes D mit Recht zurückgewiesen worden, zumal Kläger in diesem Briefe auch auf den viertägigen Gebrauch des Siebes hinweist, und somit nicht gesagt werden kann, dass er in dieser Richtung über die Verspätung in der Geltendmachung des Mangels hinausgegangen sei, da er dieselben eben nicht gelten lässt. Auf die vom Kläger angeblich übernommene Garantie für eine Laufzeit des Siebes von drei Wochen kann sich die geklagte Firma nicht berufen, weil eine solche Garantieübernahme, selbst wenn sie stattgefunden hätte, sie nicht von der Pflicht der rechtzeitigen Bemängelung entband. Damit entfällt aber auch die von der geklagten Firma geltend gemachte Compensationseinwendung; denn jenen Schaden, welchen die geklagte Firma dadurch erlitt, dass sie das als unbrauchbar erkannte Sieb in Verwendung nahm, hat sie nur sich selbst zuzuschreiben, kann also dessen Ersatz vom Kläger nicht beanspruchen, der Schade aber, den sie allenfalls dann erlitten hätte, wenn sie wegen des Mangels des Siebes dieses nicht in Verwendung genommen hätte, bildet keinen Gegenstand dieses Strittes und fehlen für denselben alle Grundlagen, da nicht erörtert ist, ob der geklagten Firma kein anderes Sieb zur Verfügung stand, als sie die Unbrauchbarkeit des hier fraglichen erkannte. Da auch die Einwendung der Vorzeitigkeit der Klage hinfällig

ist, weil aus dem Umstande, dass Kläger bei einer früheren Waarensendung länger zuwartete, nicht folgt, dass auch bei der jetzigen ein längeres als das in der Factura angegebene dreimonatliche Ziel zu gelten habe und die Behauptung, dass die zweite Waarenbestellung unter denselben Bedingungen erfolgte wie die erste, deshalb irrelevant ist, weil nicht behauptet wurde, dass bei Letzterer ein sechs- oder siebenmonatliches Ziel vereinbart wurde, vielmehr die Behauptung, dass auch die frühere Factura auf drei Monate lautete, unwidersprochen geblieben ist, war die geklagte Firma in Gemässheit der §§ 1053 und 1062 AGO, dann Art. 342 HGB zur Zahlung des eingeklagten, beziehungsweise jetzt noch strittigen Betrages unbedingt zu verurtheilen und das U. in diesem Sinne abzuändern.

Ueber die Revision des Geklagten hat der OGH die E. II. J. zu bestätigen befunden.

Gründe:

Zu den im Wesen zutreffenden Entscheidungsgründen des oberlandesgerichtlichen U. wird noch hinzugefügt, dass es an jedem wirklichen Grunde fehlt, einer auf der Waare selbst ersichtlichen Bemerkung, auf welche zudem in der Factura auch noch hingewiesen wird, ungeachtet der anstandslosen Annahme dieser Waare die rechtliche Bedeutung abzusprechen und eine stillschweigende Unterwerfung unter diese Bestimmung nach § 863 ABG zu verneinen, weil nicht eine Abmachung des Inhaltes besteht, dass die gedachte Bemerkung für das besondere Geschäft keine Giltigkeit haben soll und weil auch Art. 347 HGB für die Genehmigung streitet. Vermöge dieser stillschweigend angenommenen Vertragsbedingung war die Geklagte gewiss nicht berechtigt, das schon bei dem Aufspannen als mangelhaft erkannte Sieb, wenn sie es nicht dennoch behalten wollte, statt es sofort herauszunehmen und durch ein fehlerloses zu ersetzen, in Betrieb zu lassen, sich über die von dem Kläger gestellte Bedingung hinwegzusetzen, durch den Betrieb das Sieb zu Grunde zu richten, den vertragsmässigen Kaufpreis im Verhältnisse der wirklichen zu der gewöhnlichen Laufzeit zu kürzen und den Kläger überdies für einen durch Betriebsstörung erlittenen Schaden verantwortlich zu machen.

2723.

Auch am Sitze des Gerichtshofes I. J. ist zur Erlassung des Bauverbotes nach § 340 ABG nur das st.-del. BG zuständig.

E. v. 13. April 1892, Z. 4344. — (Práv. X ex 92, Seite 342.)

I. LG Prag.
II. OLG Prag.

Das Gesuch des A um Erlassung des Bauverbotes nach § 340 ABG wider den Besitzer des Nachbarhauses B, belangend die Vertiefung der Keller in demselben und Wiederherstellung des vorigen Standes, hat die

I. J. zurückgewiesen, weil Einschreiter durch seine Berufung auf den § 340 ABG kundgibt, dass er sich durch die vom Gegner begonnene Bauführung als in dem Besitze seines eigenen Hauses gestört erachtet, nach § 8 des Besitzstörungsverf. aber das Bauverbot nur auf Grund der Klage, deren Einreichung noch nicht ausgewiesen ist, angesucht werden kann und weil zur E. über diese Klage sowie zur Erlassung provisorischer Verfügungen von der Art der hier begehrten laut § 55 JN nur die BG competent sind.

Ueber Recurs des A hob die II. J. die angefochtene E. auf und verordnete die Anberaumung einer Tagfahrt zur Einvernehmung des Gegners über das Gesuch und die sohinige weitere Amtshandlung, weil die Auffassung des Erstrichters, dass die Vorkehrung nach § 340 cit. die Einreichung der Besitzstörungsklage voraussetze, nicht richtig ist, da dieser Paragraph von einer bevorstehenden Schädigung spricht, diese jedoch auch eintreten kann, ohne dass eine Besitzstörung damit verbunden sein müsste.

Ueber Revisionsrecurs des B hat der OGH die E. I. J. wieder hergestellt.

Gründe:

Die Vorschrift des § 340 cit. gehört, wie schon die Marginalrubrik andeutet, ebenso wie jene des § 339 ib. zu den Rechtsmitteln, wodurch der Besitz geschützt werden soll. Während § 339 ib. von der Störung des Besitzes im Allgemeinen handelt, ist im § 340 cit. von der Gefährdung des Besitzes durch eine Bauführung die Rede und wird darin für den Fall, als der Besitz einer unbeweglichen Sache oder eines dinglichen Rechtes durch eine Bauführung gefährdet, d. i. auch nur eine künftige Störung dieses Besitzes besorglich ist, dem Gefährdeten das Recht eingeräumt, das Verbot einer solchen Neuerung vor Gericht zu fordern, worüber auf das schleunigste zu entscheiden ist. Die Art und Weise des Ansuchens um einen diesfälligen Gerichtsschutz und daher auch seiner Bewilligung schreibt die kais. Verord. vom 27. October 1849, RGB Nr. 12, vor, welche nach der einleitenden Begründung zu dem Ende erlassen wurde, um bei Besitzstörungen jeglicher Art jene Rechtsmittel und richterlichen Verfügungen, welche das ABG überhaupt und insbesondere im ersten Hauptstücke des zweiten Theiles zum Schutze des bedrohten oder zur Wiederherstellung des gestörten Besitzstandes anordnet, ohne processuale Weitläufigkeit in Wirksamkeit zu setzen. Diesen auf das schleunigste zu ertheilenden Schutz des Gerichtes kann man daher nur mittelst der Besitzstörungsklage in Anspruch nehmen, zu deren Verhandlung und E. nach § 55 JN allerdings nur die Bezirks- (beziehungsweise st.-del.) Gerichte zuständig sind, weshalb der Erstrichter mit vollem Rechte das erwähnte Einschreiten wegen Unzuständigkeit abgewiesen hat.

2724.

Der § 11 Bestandverfahren hat auch auf jene Verträge Anwendung, welche mit Ablauf der Bestandzeit ohne Kündigung erloschen sind, jedoch stillschweigend erneuert wurden.

E. v. 13. April 1892, Z. 4372. — (Praw. XXXI ex 92, Seite 245.)

I. BG Brzozow.
II. OLG Lemberg.

Dem Klagebegehren des A gegen die Vormundschaft und zugleich Verwaltung des Nachlasses des Dr. B, um Annullirung des Räumungsauftrages ddto. 31. October 1891, belangend die Gründe x, y und z sammt dem darauf befindlichen Wohnhause, hat die I. J. gegen Ablegung des Haupteides seitens des A ohne den Beisatz seines Wissens und Erinnerns dahin: „dass A mit dem verstorbenen Dr. B einen Pachtvertrag betreff der bezeichneten Gründe sammt dem Wohnhause auf sechs nach einander folgende Jahre, vom 1. April 1889 an beginnend, abgeschlossen habe“, stattgegeben, und zwar aus folgenden den Sachverhalt einschliessenden

Gründen:

Der Räumungsauftrag stützt sich auf den Umstand, dass Dr. B die benannten Liegenschaften dem A vor sieben Jahren auf eine Pachtdauer von sechs Jahren mit dem Endtermine des letzten März 1891 verpachtet habe, wogegen A einwendet, dass er dieselben auf sechs Jahre, beginnend vom 1. April 1889, in Pacht genommen habe. Diese Einwendung ist entscheidend, weil im Falle des Nachweises ihrer Richtigkeit der angefochtene Auftrag kraft § 11 Bestandverfahren behoben werden muss; es war daher auf den sententionirten, vom Kläger hierüber aufgetragenen und von der Belangten ihm zurückgeschobenen Haupteid zu erkennen, von dessen Ablegung die E. abhängig zu machen ist.

Ueber Appellation des A hat die II. J. den Räumungsauftrag unbedingt annullirt.

Gründe:

A wendet gegen den Räumungsauftrag ein, derselbe sei nicht begründet, weil die belangte Vormundschaft im Räumungsgesuche selbst angab, Dr. B habe die genannten Objecte dem A auf sechs Jahre, beginnend vom 1. April 1885 bis zum 31. März 1891, ohne Kündigung in Pacht gegeben und es sei dieser Pachtvertrag stillschweigend auf ein weiteres Jahr, d. i. bis Ende März 1892, im Sinne der §§ 1114 und 1115 ABG erneuert worden. Diese Einwendung ist begründet, weil nach § 11 Bestandverfahren der Räumungsauftrag nur dann platzgreift, wenn es sich um Bestandverträge handelt, welche ohne vorhergegangene Kündigung nach Ablauf einer bestimmten Zeit erlöschen, ein derartiger Vertrag jedoch nur bezüglich der Pachtzeit vom 1. April 1885 bis zum 31. März 1891 abge-

schlossen worden war. Bezüglich der stillschweigend erneuerten Pachtzeit vom 1. April 1891 bis letzten März 1892 kann jedoch § 11 cit. nicht zur Geltung kommen, weil derselbe nur die vertragsmässig festgesetzte, aber nicht die stillschweigend erneuerte Pachtzeit im Auge hat. Im letzteren Falle muss die Kündigung nach § 2 cit., und zwar in dem gegebenen Falle sechs Monate vor Ablauf des Pachtes erfolgen; nachdem die stillschweigend erneuerte Pachtzeit am 31. März 1892 ausging, das Räumungsgesuch jedoch erst am 31. October 1891 eingebracht wurde, so erscheint Letzteres als Kündigung verspätet und war abzuweisen.

Ueber Revisionsrecurs der Belangten hat der OGH die E. I. J. wieder hergestellt.

Gründe:

Obwohl A die Behauptung der Belangten, dass der Pachtvertrag mit 1. April 1885 begonnen habe, widersprochen hat, so gibt er doch selbst zu, dass er jedenfalls seit 1. April 1889 besteht, und die Streittheile differiren nur darin, dass, während die belangte Vormundschaft das Erlischen des ursprünglichen Vertrages mit 31. März 1891 und die stillschweigende Erneuerung desselben bis Ende März 1892 behauptet, A hingegen eine sechsjährige Pachtzeit vom 1. April 1889 an vertragsmässig für sich vindicirt, worüber er der Gegenseite den Haupteid aufträgt, welche ihn zurückgeschoben hat. Mit Recht hat daher die I. J. den Ausgang des Strittes von dem Ergebnisse des Haupteides abhängig gemacht, weil nur bei Ablegung desselben der Räumungsauftrag sich als ungerechtfertigt erweisen würde; in jedem anderen Falle wäre derselbe jedoch im Hinblick auf die §§ 22 und 11 ibid. vollständig begründet, zumal bei Bestandverträgen, welche ohne vorhergegangene Kündigung durch den Ablauf einer bestimmten Zeit erlöschen, aufliegend von einer Kündigung im Sinne des § 2 cit. keine Rede sein kann.

2725.

Gegen Beiurtheile ist die Nullitätsbeschwerde zulässig.

E. v. 13. April 1892, Z. 4602. — (JMB 779 ex 92, Seite 109.)

Das OLG hat in der Rechtssache des A gegen B wegen Schadenersatz die vom Geklagten gegen das Beiurtheil des ersten Richters eingebrachte Nullitätsbeschwerde als unzulässig zurückgewiesen, weil gemäss §§ 262 und 263 AGO die Nullitätsbeschwerde mit der Appellation zu verbinden und gleichmässig mit letzterer zu behandeln ist, weil gemäss § 17 Proc.-Nov. eine selbstständige Appellation gegen ein Beiurtheil auf den Beweis durch Zeugen oder Sachverständige nicht zulässig ist, welche gesetzliche Bestimmung offenbar nur die möglichste Abkürzung des Verfahrens im Auge hat, dieser Grund aber ebenso bei einer Nullitätsbe-

schwerde wie bei einer Appellation zur Geltung gebracht werden kann, daher auch eine selbstständige Nullitätsbeschwerde gegen ein Beiurtheil nach dem bezogenen Paragraphen unzulässig ist.

Der OGH hat über den Revisionsrecurs des Geklagten diese E. aufgehoben und dem OLG verordnet, über die Nullitätsbeschwerde in die meritorische E. einzugehen, weil durch die Vorschrift des § 17 Proc.-Nov. zwar selbstständige Appellationen gegen Beiurtheile auf den Beweis durch Zeugen oder durch Sachverständige, nicht aber Nullitätsbeschwerden ausgeschlossen erscheinen.

2726.

Der Feuerversicherungsanspruch geht zur Gänze, also auch bezüglich des erweislichen Schadens verloren, wenn der Versicherte vorsätzlich unwahre Angaben über die Höhe seines Schadens macht und in den Versicherungsbedingungen dieses Präjudiz angedroht ist.

E. v. 20. April 1892, Z. 2743. — (JB 26 ex 92, Seite 312.)
I. HG Wien.
II. OLG Wien.

Albert A hatte am 11. November 1887 bei der Versicherungsactiengesellschaft B eine sechsmonatliche Police zur Versicherung seines Galanteriewaarenlagers bis zum Werthe von 5000 fl. gelöst und ist am 26. December 1887 total abgebrannt. Da die Gesellschaft im Laufe der Schadenerhebungen auf Grund der Angaben der Sachverständigen und der bei einer Anzahl von Lieferanten des Versicherten eingeleiteten Umfrage die Ueberzeugung gewann, dass die Angaben des Versicherten, welcher seinen Schaden auf 7000 fl. bezifferte, unrichtig seien, und da ihr Anbot auf Leistung eines Schadenersatzes in der sachverständig constatirten Höhe von 1500 fl. abgelehnt wurde, erklärte die Gesellschaft jeglichen Anspruch abzulehnen, und zwar auf Grund des § 14 der Policenbedingungen, welcher lautet: „Wenn der Versicherte die Gesellschaft oder den Beauftragten derselben durch unwahre Angaben über den Schaden und dessen Ursachen zu täuschen versucht hat oder wenn er sich einer nach § 12 unerlaubten Angabe oder Verschweigung schuldig macht . . . so verliert er jedes Recht auf Entschädigung . . .“ Und im § 12 ib. heisst es: „. . . es darf in der Schadensnachweisung weder ein nicht vorhanden gewesener oder abhanden gekommener Gegenstand als verbrannt angegeben werden . . .“ Nunmehr belangte Albert A die Versicherungsgesellschaft auf Zahlung der Versicherungssumme von 5000 fl. Da der Kläger zum Nachweise seines Waarenbestandes der Klage eine Reihe von Facturen beigeschlossen und die betreffendeu Lieferanten über die Lieferungen als Zeugen geführt hatte, wurde der Beweis durch diese Zeugen zugelassen, es wurden jedoch, nachdem der Kläger in der der Gesellschaft vorgelegten

Schadenrechnung bezüglich dieser Lieferanten weit höhere Lieferungsquantitäten angegeben hatte, sowohl seitens des vernehmenden Richters selbst, als auch seitens des Vertreters der geklagten Gesellschaft die Zeugen über die Richtigkeit der in der Schadenrechnung angeführten Quantitäten befragt.

Es hat sohin die I. J. die Klage abgewiesen und zwar aus folgenden

Gründen:

Der Klagsanspruch gründet sich darauf, dass Albert A sein in Wien befindliches Ledergalanteriewaaren - Geschäftslocale sammt Inhalt laut Police A bei der geklagten Gesellschaft für 5000 fl. gegen Brandschaden versichert hatte, und dass letzteres sammt Inhalt am 26. December 1887 ohne sein Verschulden ein Raub der Flammen geworden. Nichtsdestoweniger glaubt die Geklagte den eingeklagten Anspruch auf Ersatz des Brandschadens per 5000 fl. nach fruchtlosem Anbot eines Ausgleichsbetrages per 1500 fl. rundweg ablehnen zu können und zwar auf Grund des § 14 des in der Police enthaltenen Versicherungsvertrages, nach welchem der Versicherte jedes Recht auf Entschädigung verliert, wenn er die contrahirende Gesellschaft oder deren Beauftragten durch unwahre Angaben über den Schaden oder dessen Ursachen zu täuschen versucht hat. Vor Allem negirt nun der Kläger die Berechtigung der Geklagten, auf diesen § 14 der a tergo der Police abgedruckten sogenannten allgemeinen Versicherungsbedingungen sich berufen zu dürfen, massgebend sei lediglich der Vertrag so, wie er von Albert A inhaltlich seines Antrages, Beilage Nr. 24, beantragt und von der geklagten Gesellschaft durch Annahme dieses Antrages eingegangen worden ist; die 30 Paragraphe enthaltenden allgemeinen Bedingungen seien ihm erst mit der Police zugekommen, er habe sie vor der Fertigung seines Antrages nicht zu Gesichte bekommen, sie seien ihm auch nicht vor Vertragsschluss bekannt gegeben worden, sie seien daher für den vorliegenden Fall ganz bedeutungslos und können gegen ihn nicht in's Feld geführt werden. Aber abgesehen davon, dass diese bei allen Versicherungsgesellschaften gleichlautenden allgemeinen Versicherungsbedingungen wohl jedem Geschäftsmanne, wenn schon nicht ihrem Wortlaute, so doch ihrem Sinne nach bekannt sind; abgesehen davon, dass Albert A die Police, welche sich auf die auf der Rückseite abgedruckten besonderen Bedingungen ausdrücklich beruft, anstandslos angenommen, die Prämie bezahlt und sich dadurch diesen Bedingungen unterworfen hat, so hat er sogar selbst mit seinem Antrage Nr. 24 den Wunsch ausgedrückt und eigenhändig unterfertigt, „sich zu den Versicherungsbedingungen der Gesellschaft“ gegen Feuerschaden versichern zu lassen, und es stand ganz bei ihm, sich über deren Inhalt vorerst zu informiren oder nicht. Nachdem er also selbst in seinem Antrage die Bedingungen der Gesellschaft bezogen, diese selbst aber das Gleiche bei der Vertrags-

ausfertigung gethan, so bilden dieselben unzweifelhaft einen integrirenden Vertragsbestandtheil, der von den Contrahenten beabsichtigt, gewollt und deutlich zum Ausdrucke gebracht worden ist. Prüft man nun die materielle Anwendbarkeit der in diesem § 14 enthaltenen, nach § 919 ABG im Allgemeinen zulässigen Verwirkungsclausel, so wird in ersterer Linie zu erwägen sein, ob es der geklagten Gesellschaft gelungen ist, dem Albert A eine wissentliche Unwahrheit bei der Schadenliquidation nachzuweisen. Nun hat der Letztere über Aufforderung des Liquidators der geklagten Gesellschaft diesem seine Schadenrechnung Nr. 2 und sein Cassebuch Nr. 3 vorgelegt; Kläger will zwar die Beilage Nr. 2 nur als eine ganz bedeutungslose Zusammenstellung und keineswegs als Schadenangabe gelten lassen, nachdem aber Albert A als Aussteller der Urkunde Nr. 2 selbst die Anschaffungen mit 8728·91 fl. specificirt und nach Abzug des der Losung bis zur Katastrophe per 3388·28 fl. entsprechenden Anschaffungswerthes per circa 1400 fl. zu dem Resultate kommt, dass am kritischen 26. December 1887 Waaren im Anschaffungswerthe von 7328·91 Gulden in seinem Geschäfte vorhanden waren und die Gesellschaft unter Einem ersucht, „nebigen Betrag gütigst anerkennen zu wollen“, so hat er hiemit deutlich den Werth der verbrannten Waaren mit 7328·91 fl. beziffert, und zwar bei der Schadenconstatirung. Wenn nun in der vorliegenden Klage eine Schadensumme von 5003·34 fl. angegeben wird, die übrigens im Laufe der Beweisaufnahme noch ein Bedeutendes an ihrer Höhe eingebüsst hat, so stellen sich die in der Berechnung Nr. 2 über den Brandschaden gemachten Angaben jedenfalls objectiv falsch dar, wie dies aus der auf Grund der Zeugenaussagen zusammengestellten Tabelle leicht zu ersehen ist. (Hier folgt eine Tabelle, in der bei 13 vernommenen Lieferanten die bezogenen Waaren erstens laut der Schadenrechnung, zweitens laut der Klage, drittens laut der Zeugenaussagen zusammengestellt und das sich sonach ergebende „falsche Plus“ der Schadenrechnung in der Höhe von 1989·55 fl. und das falsche Plus der Klage in der Höhe von 110·24 fl. ausgerechnet wird.) Die Gründe fahren dann fort: Welcher Art ist nun dieses ungerechtfertigte Plus der Schadenrechnung per circa 2000 fl., das selbst in das penible schriftliche Streitverfahren sich noch mit einem Betrage von 110 fl. hinüberschleppt und in 13 von jenen 17 Fällen aufscheint, die auf Grund des Processmaterials nur als Stichproben herangezogen werden konnten, da ja viele Posten, insbesondere die mehrfachen, bei unbekannten Personen gemachten Einkäufe ganz uncontrolirbar sind. Es wurden erstens bereits vor dem Brande längst retournirte Commissionswaaren in die Schadenrechnung eingestellt, und zwar im Facturenwerthe von circa 1000 fl.; zweitens wurden Waarenposten doppelt eingestellt und zwar im Betrage von circa 150 fl.; drittens wurden gar niemals bezogene Waaren als zugrunde gegangen angegeben und zwar im Betrage von fast 900 fl. Es mag vielleicht lediglich auf einem

Versehen beruhen, wenn Albert A in einigen anderen Fällen die auf Mark lautenden Facturenbeträge in seiner Schadenrechnung mit eben so viel Gulden ansetzt; aber wie kann er darauf vergessen, dass er viele der angegebenen Waarenposten nicht gekauft, sondern nur in Commission genommen und von diesen solche per zusammen 1000 fl. bereits vor dem Brande retournirt hatte, und zwar dies umsoweniger, als ja die in seinen Händen gewesenen Facturen den Vermerk „in Commission" deutlich tragen und er doch sonst ein bewundernswürdiges Erinnerungsvermögen an den Tag legt, indem er auf Grund seiner mitverbrannten Aufzeichnungen genau anzugeben in der Lage ist, dass am 26. December 1887 unter seinem 5000 fl. angeblich betragenden Waarenlager gerade Bronzenippes per 16·25 fl., Cravatennadeln per 13·46 fl., Taschnerwaaren per 4·87 fl. u. dgl. vorhanden waren und dass er am 3. März 1887 pro diverse nicht 4·40 fl., wie das Cassabuch besagt, sondern gerade 9·09 fl. verausgabt hat. Wie ist es möglich, dass Albert A die sub 3 angeführten, niemals bezogenen Waarenposten mit fingirtem Datum versieht? Das lässt sich mit Nichten damit aufklären, Albert A habe, den ihm vom gegentheiligen Liquidator ertheilten Rath befolgend, die noch vorhandenen Facturen, Rechnungen und Aufzeichnungen zusammengestellt und die darin enthaltenen Beträge addirt. Hätte er das wirklich gethan, so wäre er heute wohl in der Lage, jede einzelne Post der Schadenberechnung Nr. 2 durch die noch vorhandenen Facturen, Rechnungen und Aufzeichnungen zu belegen und die sich ergebenden Lücken durch die Zeugnisse jener Firmen zu ergänzen, die ihm Waaren geliefert hatten und nach dem Brande auf sein Begehren Duplicate der etwa verbrannten Facturen u. dgl. oder sonstige Aufklärung gegeben hätten. Wenn er die berügte Zusammenstellung gewissenhaft hätte abfassen wollen, so hätte er sich sofort aus eigener Initiative an seine Lieferanten wenden müssen, um genaue Daten zu erhalten; das hat er nun nicht gethan, beruft sich dagegen auf einen ihm von anderer Seite durch den Liquidator ertheilten Rath. Einerseits stand es noch immer ihm selbst anheim, denselben zu befolgen oder zu verwerfen, andererseits geht aus den diesbezüglichen Anführungen der Klagsseite, wie oben bemerkt, selbst hervor, dass derselbe nie und nimmer dazu führen konnte, Retourwaaren als behalten, nicht bezogene Waaren als bezogene einzustellen, bezogene zwei Mal anzusetzen, oder Mark für Gulden anzurechnen. Aus all' diesen Uncorrectheiten, insbesondere aus der Fingirung von bezogenen Waarenposten und der Erfindung der bezüglichen Datumsangaben kann nur geschlossen werden, dass Albert A keineswegs entschuldbarer Weise, sondern vielmehr wissentlich falsche und unwahre Angaben über seinen Schaden gemacht habe, um die geklagte Gesellschaft zu täuschen, ein Fall, für welchen Ersterer selbst die Gegenseite von jeder Haftpflicht vertragsmässig losgezählt hat. Hätte er seinen Schaden z. B. in Pausch und Bogen noch viel höher beziffert, so könnte man schliesslich dem

Kläger Glauben schenken, welcher auch beim Versicherungsvertrage die Taktik des „Vorbietens“ in Erwartung des Abhandelns von der Gegenseite befolgt zu haben erklärt; in der Fingirung specieller Thatsachen aber, welche dem ganzen Operate Nr. 2 den Schein der gewissenhaften Genauigkeit und Wahrhaftigkeit verleihen sollen, und in der Erfindung von Daten zur Deckung dieser Fictionen kann nur eine dolose Absicht erblickt werden. Nihil probat qui nimium probat. Kläger hat somit gemäss § 14 der Versicherungsbedingungen sein mit vorliegender Klage geltend gemachtes Recht auf Entschädigung verwirkt und war sonach mit seinem Klagebegehren abzuweisen.

Die gegen dieses U. ergriffene Appellation des Klägers hat die II. J. abgewiesen aus folgenden

Gründen:

Für die Beurtheilung des vorliegenden Rechtsfalles sind nicht nur die §§ 1288 und 1291 ABG, sondern vor Allem der Versicherungsvertrag, die lex contractus massgebend. In dem Versicherungsantrage wird ausdrücklich auf die Versicherungsbedingungen der geklagten Gesellschaft Bezug genommen, auch in der Police ist, und zwar auf der Vorderseite derselben, die Erklärung enthalten, dass die geklagte Gesellschaft die Versicherung laut der umstehenden allgemeinen und nachstehenden Bedingungen übernimmt, auf der Rückseite der vom Versicherungsnehmer acceptirten Police endlich sind die allgemeinen Feuerversicherungsbedingungen § 1 bis 18 abgedruckt. Mit der MV vom 18. August 1880, RGB Nr. 110, wurde den Versicherungsgesellschaften die Aufstellung allgemeiner Versicherungsbedingnisse sogar zur Pflicht gemacht und sind für den Inhalt derselben besondere Vorschriften erflossen (vergl. § 10, Z. 4, der cit. MV); derartige Versicherungsbedingnisse bedürfen der staatlichen Genehmigung und wird von der Klagsseite die Behauptung, die hier in Frage kommenden Versicherungsbedingungen hätten die staatliche Genehmigung nicht erlangt, gar nicht aufgestellt. Diese allgemeinen Versicherungsbedingungen bilden also einen Bestandtheil des Versicherungsvertrages, die entgegengesetzte Anschauung der Klagsseite, welche ihre Anschauung der Klagsseite, welche ihre Ansprüche zunächst auf die Police A gründet, würde übrigens nur dahin führen, dass ein Versicherungsvertrag überhaupt nicht zu Stande gekommen ist, der Kläger daher vielleicht den Prämienbetrag per 3·50 fl. zurückfordern, niemals aber einen Schadenersatz beanspruchen könnte. Im Bestande eines Vertragsverhältnisses mit oben umschriebenem Inhalte hat der Kläger nicht nur den Unfall, sondern auch den hiedurch verursachten Schaden, sowie den Umfang des Schadens zu erweisen, weil der Schaden eben jene Thatsache ist, aus welcher er sein Recht ableitet und der Umfang des erlittenen Schadens auf das Mass des zu leistenden Ersatzes von Einfluss erscheint. Der vereinbarte Werth

der versicherten Gegenstände bezeichnet nun die äusserste Grenze der Ersatzpflicht, ohne den Versicherten des Beweises für das Vorhandensein der verbrannten Gegenstände zur Zeit des Unfalles zu entheben. Die Versicherung soll eben dem Versicherungsnehmer oder seinem Rechtsnachfolger nicht zur Bereicherung dienen, sondern ihn nur vor Schaden bewahren (§ 1288 ABG). Von dem Nachweise des Unfalles ist der Kläger durch das Zugeständniss der geklagten Gesellschaft enthoben, der Beweis des Umfanges des erlittenen Schadens kann ihm dagegen nicht erlassen werden. Andererseits obliegt der Beweis dafür, dass der Versicherungsnehmer den Vertragsbestimmungen, insbesondere dem § 14 der allgemeinen Feuerversicherungsbedingungen, welche, wie oben gezeigt, einen Bestandtheil des Vertrages bilden, nicht nachgekommen ist, der geklagten Gesellschaft. Es war daher zunächst der rechtswirksame Bestand der in der letzterwähnten Richtung seitens der geklagten Gesellschaft auf Grund des § 14 der allgemeinen Feuerversicherungsbedingungen erhobenen Einwendungen zu untersuchen, weil bei Verlust des Rechtes auf Entschädigung die Untersuchung der etwa sonst dem Kläger gebührenden Schadenziffer überflüssig erscheint. Eine Vergleichung der Beilagen Nr. 2 und A 127 zeigt, dass die in der ersterwähnten Beilage beanspruchte Entschädigung auf objectiv falschen Angaben beruht. In der ersten Beilage wird der Schaden mit 7828·91 fl., in der zweiten nur mit 5003·34 fl. beziffert. Der § 14 der ersterwähnten Bestimmungen setzt jedoch, wie die Ausdrücke „unwahre, unerlaubte Angaben“, „Täuschen“, „Verschweigen“ darthun, voraus, dass die gemachten Angaben auch vorsätzlich unrichtige waren, dass zu der objectiven Unrichtigkeit auch das subjective Moment, das Bewusstsein der Unrichtigkeit der eingebrachten Entschädigungsanträge hinzukommt. In dem Zugeständnisse des Klägers, dass mit der Beilage Nr. 2 eigentlich nur das übliche Vorbieten beabsichtigt war, liegt schon ein Zugeständniss, dass er mit der Beilage Nr. 2 ein ihm vortheilhaftes Geschäft beabsichtigt hatte, während es doch seine Sache war, der ihm nach § 14 obliegenden Vertragsbestimmung nachzukommen. Ein Waarenbestand im Geschäftslocale des Albert A am 26. December 1887 im Anschaffungswerthe von 7328·91 fl. steht mit dem Cassabuche nicht im Einklange, es wird durch die gepflogenen Zeugeneinvernehmungen geradezu widerlegt. Allerdings hat das HG nicht die von geklagter Seite in dieser Richtung angebotenen Beweise zugelassen, sondern sich damit begnügt, einen Theil der vom Kläger bezüglich des Waarenbezuges geführten Zeugen und jene Zeugen, wo der Rechtstitel der gelieferten Waare (Commission oder Kauf) einer Aufklärung bedurft hat, zu vernehmen. Durch die im Sinne der §§ 18 und 20 Proc.-Nov. gestellten Fragen wurde jedoch der auch im Beiurtheile nebenbei angedeutete Zweck der Zeugenvernehmung erreicht und liegt gegen die Nichtzulassung weiterer Beweise von keiner Seite eine directe Beschwerde vor. Das Resultat der gepflogenen

Zeugeneinvernehmungen hat schon der Erstrichter actenmässig vermerkt und mag hier nur noch auf die Aussagen des seinem Berufe nach sachverständigen Zeugen Gottfried M hingewiesen werden, dass seiner Anschauung nach in einem Locale von so beschränktem Umfange, wie jenes des Albert A, unmöglich Waaren im Werthe von auch nur 5000 fl. untergebracht werden konnten. Was immer für einen Rath der Beamte der geklagten Gesellschaft dem Kläger gegeben haben mag, jedenfalls war der Letztere für seine Handlungsweise selbst verantwortlich. Aus der Beilage Nr. 130 geht übrigens hervor, dass dieser Rath keineswegs dahin gelautet hat, eine Schadenrechnung in der Art aufzustellen, wie dies Albert A laut Beilage Nr. 2 gethan hat. Ganz entschieden unrichtig erscheint endlich die Anschauung des Klägers, dass mit Rücksicht auf den Inhalt der Klage und deren Petit nicht auf die erwähnte Beilage Nr. 2, sondern nur auf den neuerlichen, unter Beweis gestellten Klagsanspruch Bedacht zu nehmen sei. Die Ausserachtlassung der stipulirten Vertragsbestimmungen, die im Widerspruche mit der gerade bei Versicherungsbeträgen bedeutungsvollen „bona fides“ in der Beilage Nr. 2 von Seite des Albert A gestellten Ansprüche berechtigen die geklagte Gesellschaft, nachdem ihr Vergleichsanbot zurückgewiesen worden ist, von dem § 14 der ofterwähnten allgemeinen Bestimmungen Gebrauch zu machen und die Auszahlung irgend einer Entschädigung zu verweigern. Hiebei fällt namentlich in's Gewicht, dass Albert A nicht etwa im Allgemeinen einen nicht nachweisbaren Betrag angesprochen hat, sondern dass er eine minutiöse Schadenberechnung vorlegt, welche eine Reihe von zu seinen Gunsten lautenden, gewissermassen falschen Daten (Commissionswaare, Retourwaare, Mark oder Gulden, Factura und Rechnungsauszug zwei Mal berechnet u. dgl.) enthält. Bei dieser Sachlage erscheint es überflüssig, die Frage zu erörtern, ob der nunmehr angesprochene Entschädigungsbetrag per 5000 fl. zu liquidiren wäre, wobei nur noch zu bemerken kommt, dass den gepflogenen Zeugenvernehmungen zufolge auch der nunmehr angesprochene Betrag nicht dem erlittenen Schaden zu entsprechen scheint. Es war daher das erstrichterliche U., ohne auf die Frage, welchen Schaden etwa der Versicherungsnehmer thatsächlich erlitten haben mag, einzugehen, zu bestätigen.

Der Kläger ergriff gegen diese E. die a. o. Revisionsbeschwerde, welche vom OGH verworfen wurden, und zwar aus folgenden

Gründen:

Nach dem Hofd. vom 15. Februar 1833, JGS Nr. 2593, könnte mit einer Aufhebung oder Abänderung der gleichlautenden, das Klagebegehren abweisenden U. der beiden unteren Instanzen nur im Falle einer Nichtigkeit oder offenbaren Ungerechtigkeit vorgegangen werden. Beide Voraussetzungen treffen jedoch im vorliegenden Falle nicht zu. Denn wenn

der Kläger in seiner a. o. Revisionsbeschwerde eine Nichtigkeit der beiden untergerichtlichen U. darin erblickt, dass mit angeblicher Nichtbeachtung der Vorschrift des § 104 AGO die unteren Instanzen auf Grund der Ergebnisse des durchgeführten Zeugenbeweises den Beweis für erbracht angesehen haben, dass Albert A nach dem am 26. December 1887 erfolgten Brand seines Waarenlagers im § 14, Abs. 2, der allgemeinen Feuerversicherungsbedingungen vorgesehenen Täuschung der geklagten Gesellschaft durch unwahre Angaben über die Höhe des erlittenen Schadens sich schuldig gemacht habe und hierdurch des Anspruches auf jedwede Entschädigung verlustig geworden sei, obwohl die vernommenen Zeugen nicht von der geklagten Gesellschaft, sondern vom Kläger geführt wurden, so ist zu bemerken, dass die Würdigung der Ergebnisse eines durchgeführten Beweisverfahrens und die Art ihrer Verwerthung in den Entscheidungsgründen niemals eine Nichtigkeit eines U. begründen, sondern höchstens einen begründeten Anlass zur meritorischen Bekämpfung desselben, d. i. zur Appellation oder Revision bieten kann. Es kann aber auch von einer offenbaren Ungerechtigkeit der beiden untergerichtlichen U. keine Rede sein. Denn der § 14 in Verbindung mit § 12 der auf der Rückseite der Versicherungspolice vom 11. November 1887, Policennummer 177783, (A der Klage) ersichtlich gemachten allgemeinen Feuerversicherungsbedingungen ist allerdings auch für Albert A massgebend und bindend gewesen, zumal derselbe in dem Versicherungsvertrage (24 der Duplik) erklärte, dass er die Versicherung zu den Versicherungsbedingungen der Gesellschaft wünsche und sohin auch die ihm übergebene Versicherungspolice anstandslos übernahm, der auf derselben gleichfalls ersichtlich gemachte § 4, Abs. 2, der allgemeinen Versicherungsbedingungen aber die Bestimmung enthält, dass durch die von Seite des Versicherten erfolgte Annahme der Police dessen Einverständniss mit dem Inhalte derselben, mit den darin enthaltenen Bestimmungen, mit der darin bestimmten Prämiengebühr und Dauer der Versicherung erstattet wird. Nach der Bestimmung des § 12, Abs. 1, in Verbindung mit § 14, Abs. 2, der allgemeinen Versicherungsbedingungen ist aber auch zweifellos klar, dass die geklagte Gesellschaft berechtigt ist, dem Versicherten jede Bezahlung einer Entschädigung dann zu verweigern, wenn derselbe in der speciellen Nachweisung der im Augenblicke des Schadenfalles in denjenigen Räumen, für welche die Versicherung gilt, vorhanden gewesenen, der verbrannten und der beschädigt sowie der unbeschädigt geretteten versicherten Gegenstände, welche nach § 12, Abs. 1, der allgemeinen Versicherungsbedingungen gewissenhaft anzufertigen und innerhalb 14 Tagen, vom Tage des Schadenfalles gerechnet, der Gesellschaft einzureichen ist, sich einer unerlaubten Angabe oder Verschweigung schuldig macht, oder wenn er die Gesellschaft oder die Beauftragten derselben durch unwahre Angaben über den Schaden und dessen Ursachen zu täuschen sucht. Hieraus folgt

aber als vollkommen selbstverständlich, dass bei Beurtheilung der Frage, ob Albert A die Bestimmungen der §§ 12 und 14 der allgemeinen Versicherungsbedingungen eingehalten oder verletzt hat, nicht jene Schadenaufstellung (Zusammenstellung), welche der am 18. Juni 1888 eingebrachten Klage allegirt wurde und welche auf einen Betrag von 5003·34 fl. lautet, in Betracht kommen kann, sondern jene, welche innerhalb der im § 12, Abs. 1, normirten vierzehntägigen Frist von Albert A bei der belangten Gesellschaft eingereicht vurde, von dieser sub Nr. 2 der Einrede allegirt wird und einen angeblichen Schaden von 7328·91 fl. in detaillirter Weise ausweist. Schon die Differenz, welche zwischen diesen beiden vorangegebenen Ziffern besteht und welche die erhebliche Summe von 2325·57 fl. repräsentirt, gestattet einen Schluss auf das ganz uncorrecte, den §§ 12 und 14 der allgemeinen Versicherungsbedingungen nicht entsprechende Vorgehen des Albert A. Hiezu kommt noch das Ergebniss des Zeugenbeweisverfahrens einerseits, in Verbindung mit den von der geklagten Gesellschaft sub 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 17 der Einrede allegirten Bestätigungen einzelner Lieferanten des Albert A, andererseits auch der Inhalt des Gutachtens des Wilhelm Sch. und der Aeusserung des Liquidators der geklagten Gesellschaft vom 5. Jänner und 1. März 1888, endlich die dem Cassenbuche des Albert A entnommene notariell beglaubigte Zusammenstellung (Nr. 3 der Einrede). Aus allen diesen Zeugenaussagen und Actenstücken ergibt sich, dass Albert A, ganz abgesehen von den so erheblichen, nicht controlirbaren angeblichen Ankäufen, grössere Mengen von Partiewaaren, von unbekannten Personen Waarenmengen als zur Zeit des Brandes vorhanden und durch Feuer vernichtet, eingestellt hat, welche entweder niemals bezogen, oder wenn bezogen, retournirt wurden, und muss allerdings der Kläger gegen sich gelten lassen, dass, wie in den Gründen des erstrichterlichen U. eingehend berechnet und ausgeführt wurde, aus den Aussagen von 13 von den vernommenen 20 Zeugen, welche über das Quantum der dem Albert A gelieferten Waaren zufolge des Beweisantrages des Klägers vernommen wurden, sich ergeben hat, dass durch Einstellung nicht bezogener Waaren in 7 Fällen, von bereits retournirt gewesenen Waaren in 8 Fällen, durch Doppeleinstellungen in 3 Fällen Differenzen von 837·91 fl., 1000·10 fl. und 150·36 fl. entstanden sind, und dass selbst die in der Klagsbeilage A 127 enthaltene Aufstellung das nach den Angaben der Zeugen zu constatirende Waarenquantum in zusammen 4 Fällen selbst noch um 100·24 fl. übersteigt. Dass aber diese so auffälligen und erheblichen Differenzen weder einer Irrung, noch der Aufregung des Albert A oder einem demselben angeblich von dem Liquidator der geklagten Gesellschaft ertheilten Rathe über die Art, wie derselbe die Zusammenstellung des Schadens machen solle, zuzuschreiben sind, sondern nur auf eine absichtliche Verdrehung des Standes des Waarenlagers zur Zeit des stattgehabten Brandes und eine absichtliche Täuschung

der geklagten Gesellschaft und ihrer Organe über die Höhe des erlittenen Schadens durch Albert A zurückzuführen sind, wurde in den Gründen der beiden untergerichtlichen U. so eingehend dargethan, dass die auch in der a. o. Beschwerde wieder aufgestellte Behauptung, dass eine absichtliche Täuschung nicht stattgefunden habe, oder mindestens nicht erwiesen sei, keiner weiteren Widerlegung mehr bedarf. Es war demnach das a. o. Revisionsbegehren des Klägers zurückzuweisen.

2727.

Trotz der Anbietung einer baaren Klagscaution in der Klage erscheint die Ablegung des Eides, die vom Richter bestimmte Klagscaution nicht schaffen zu können, nicht ausgeschlossen.

E. v. 20. April 1892, Z. 4720. — (GH 29 ex 92, Seite 250.)

I. KG Reichenberg.
II. OLG Prag.

In der Klage des Hermann W. gegen die Handelsgesellschaft Sz. G. T. auf Zahlung von 59.000 fl. hatte sich der Kläger ausdrücklich zur Leistung einer Klagscaution in Baarem in richterlich zu bestimmender Höhe erboten. Es verlangte der Vertreter der geklagten Handelsgesellschaft sohin eine solche Klagscaution im Mindestbetrage von 1000 fl. und hatte der Kläger selbst in dem hierüber abgeführten Zwischenstritte zugegeben, dass die Strittkosten grössere sein werden, jedoch behauptet, er wäre nicht in der Lage, eine so hohe Klagscaution zu schaffen, und erbot sich deshab zum Paupertätseid nach § 406 AGO.

Die I. J. erkannte, es werde dem Kläger Hermann W. aufgetragen: Er habe in dem bezogenen Rechtsstritte eine Klagscaution von 1000 fl. zu erlegen, oder den Eid zu leisten, dass er diese nicht schaffen könne, als sonst die geklagte Firma nicht verpflichtet sei, über die überreichte Klage Rede und Antwort zu geben, und zwar mit nachstehender

Begründung:

Der Kläger hat in der Klage entsprechend der Vorschrift des § 406 AGO sich erboten, der Geklagten die annehmliche Sicherheit für die Gerichtsunkosten zu bestellen, und nachdem er solche nicht sofort erlegte, so ist er der bezogenen Gesetzesstelle gemäss verpflichtet, nachdem die Geklagte solche begehrt, dieselbe zu leisten. Mit Rücksicht auf den aus der Klage folgenden, voraussichtlich grösseren Umfang des Streites und die nothwendig werdende kostpielige Beweisführung überhaupt, insbesonders aber durch Sachverständige, wurde diese Klagscaution mit 1000 fl. bestimmt, umsomehr, als der Kläger selbst zugibt, dass die Strittkosten grösser sein werden.

Für den Fall, als der Kläger, wie er in seiner Protocollaräusserung behauptet, nicht in der Lage wäre, die bestimmte Klagscaution zu leisten,

musste er zur Leistung des im § 406 AGO vorgesehenen Paupertätseides verpflichtet werden.

Die II. J. hat den Recurs der Geklagten unter Verweisung auf die richtigen Gründe des angefochtenen B., welcher der Bestimmung des § 406 AGO vollkommen entspricht, abzuweisen befunden.

Ueber den a. o. Revisionsrecurs der Geklagten hat der OHG demselben keine Folge zu geben befunden, weil eine Nichtigkeit nicht vorliegt, und die gleichförmigen E. der beiden unteren Instanzen auch eine offenbare Ungerechtigkeit nicht erkennen lassen, dieselben vielmehr gesetzlich begründet erscheinen, wenn erwogen wird, dass die im § 406 AGO ausgesprochene Verpflichtung des Klägers zur Bestellung einer annehmlichen Sicherheit für die Gerichtskosten oder zur Ablegung des Unvermögenheitseides erst dann wirksam wird, wenn der Geklagte die Bestellung einer solchen Sicherheit fordert und hierüber zu erkennen ist, hiernach selbst dann, wenn der Kläger, wie im vorliegenden Falle, sich zum Erlage einer baaren Caution in der vom Richter zu bestimmenden Höhe schon in der Klage angeboten hat, die Ablegung des Eides, dass er die vom Richter bestimmte Klagscaution nicht schaffen könne, nicht ausgeschlossen erscheint, und dies umsoweniger, als in dem Anerbieten einer solchen Caution die Verzichtleistung auf die Ablegung des Unvermögenheitseides nicht erblickt werden kann.

2728.

Die Ausfolgung einer zur Zahlung angewiesenen, mit Afterpfand behafteten Forderung aus dem deponirten Meistbote ist nur gegen Nachweis des Freiseins derselben von der Belastung statthaft.

Cassations-E. v. 20. April 1892, Z. 4730. — (Praw. XXXV ex 92, Seite 277.)

I. KG Tarnopol.
II. OLG Lemberg.

In der Executionssache des A gegen B pcto. 1000 fl. s. N. G. hat die I. J. auf Grund der Meistbotsvertheilung und des Gesuches des A de praes. 11. August 1891 dem Begehren des Letzteren wegen Befriedigung seiner derzeit s. N. G. auf 1438·95 fl. sich belaufenden Forderung dergestalt willfahrt, dass es die Ausfolgung eines Theilbetrages per 1407·54 fl. aus dem deponirten Meistbote unmittelbar an den Exequenten gestattete, gleichzeitig jedoch die Zurückhaltung eines Betrages per 31·41 fl. als Rückstandes jener Forderung des C im ursprünglichen Betrage per 94·29 fl. s. N. G. verordnete, womit die exequirte Forderung belastet war, und dem Depositenamte die Bildung einer eigenen, zwischen A und C strittigen Depositenmasse aus diesem zurückbehaltenen Betrage auftrug, weil A den C auf Erklärung der Afterpfandforderung bereits geklagt hatte.

In Folge Recurses des C hat die II. J. den Deckungsfond für die besagte Restforderung des Recurrenten auf 100 fl. eben mit Bedachtnahme auf die eventuellen Kosten des Oppositionsprocesses erhöht; in Folge a. o. Revisionsrecurses des C hat der OGH unter Behebung der E. der Untergerichte das oberwähnte Begehren des A zur Gänze abgewiesen, denn schon mit der obergerichtlichen E. vom 12. Jänner 1891 war die erstrichterliche Meistbotsvertheilung vom 26. Juli 1890 von Amtswegen durch den Beisatz ergänzt werden, dass die Zahlung begehrenden Gläubiger nicht blos den unveränderten Bestand des Eigenthumsrechtes an ihren Forderungen, sondern auch deren Freisein von jeglicher Belastung darzuthun haben; auch hat der OGH zufolge der E. vom 20. Mai 1891 diesen unangefochten gebliebenen Beisatz unberührt gelassen. Wird nun erwogen, dass A in seinem Begehren um Ausfolgung eines entsprechenden Theiles des Meistbotes zur Befriedigung seiner mit dem Afterpfandrechte zu Gunsten der Forderung des C per 94·29 fl. belasteten, an zweiter Stelle zur Zahlung angewiesenen Forderung per 1000 fl. s. N. G. das Freisein der Letzteren von jeder Belastung nicht ausgewiesen hat, erscheint dem obcitirten Beisatze der obergerichtlichen E. nicht Genüge geleistet, und da es auch des Weiteren dem das Meistbot vertheilenden Richter nicht zusteht festzustellen, ob und in welchem Umfange noch das Afterpfandrecht des C aufrecht besteht, waren die E. der Unterinstanzen abzuändern.

2729.

Bei der Beschotterung eines Fahrgeleises durch eine sumpfige Waldparcelle handelt es sich um einen Eingriff in die Rechtssphäre des Verpflichteten und keineswegs blos um die Erhaltung oder die blosse Wiederherstellung der zur Dienstbarkeit bestimmten Sache.

E. v. 20. April 1892, Z. 4741. — (GH 43 ex 92, Seite 360.)

Die Besitzstörungsklage des A. S. gegen J. P. wurde von der I. J. abgewiesen aus folgenden den Sachverhalt einschliessenden

Gründen:

Vor Allem muss constatirt werden, dass Kläger nicht das Fahren des Geklagten über seine Parcelle Nr. 1937, sondern nur das Ablagern und Auseinanderbreiten von Steinen in der Breite des Fahrgeleises beanständet hat.

Hierin liegt für den Geklagten die Anerkennung seines factischen Besitzes des Fahrtrechtes auf der Parcelle 1937. Dieser factische Besitz, welchen der Geklagte überdies durch die Aussagen vieler (auch klägerischer) Zeugen, erwiesen hat, gibt dem Besitzer dieselben Rechte und Vortheile, auch denselben Rechtsschutz, wie den erwiesen rechtmässigen

Besitz, legt ihm aber auch dieselben Lasten und Verpflichtungen auf. Zu diesen Verpflichtungen gehört auch die, den Aufwand zur Erhaltung und Herstellung der Sache, welche zur Dienstbarkeit bestimmt ist, selbst zu tragen. Wenn nun der Geklagte dieser seiner Verpflichtung nachkam, indem er den nachgewiesenermassen unfahrbar gewordenen Waldweg durch Ablagerung und Ausbreitung von Steinen in der Breite des Fahrgeleises wieder fahrbar machte, so kann darin keine eigenmächtige Störung des klägerischen Besitzes erblickt werden und musste demnach das Klagebegehren abgewiesen werden.

Ueber Recurs des Klägers hat die II. J. den angefochtenen Erkenntnissbescheid abzuändern und zu erkennen befunden: Der Geklagte J. P. habe dadurch, dass er am 4. Mai 1891 auf der dem Kläger eigenthümlichen, in Th., Riede Hartwald, liegenden Waldparcelle Nr. 1937, Steine in einem grösseren Quantum ablagern und in der Breite eines Fahrgeleises auseinanderbreiten liess, den Kläger A. S. im bisherigen ruhigen und ungestörten Besitze der genannten Waldparcelle gestört. Geklagter habe daher bei sonstiger Execution binnen vierzehn Tagen nach Zustellung dieser obergerichtlichen E. die auf der genannten klägerischen Waldparcelle abgelagerten und ausgebreiteten Steine auf seine Kosten zu entfernen, sich ferners in Hinkunft jeder weiteren derartigen Besitzstörung bei einem im Wiederholungsfalle jeweilig angemessen zu vergrössernden Pönfalle von 10 fl. zu enthalten und ist endlich schuldig, die Kosten I. J., sowie die Recurskosten dem Kläger A. S. binnen vierzehn Tagen nach Zustellung dieser obergerichtlichen E. bei Execution zu ersetzen. Mit dem Begehren auf Festsetzung eines Pönfalles für den Fall der Nichtwegräumug der auf der klägerischen Waldparcelle Nr. 1937 abgelagerten Steine wird Kläger derzeit abgewiesen, und zwar aus folgenden

Gründen:

Der Geklagte hat zugestanden, dass er am 4. Mai 1891 auf der unbestritten dem Kläger und seiner Ehegattin eigenthümlichen Waldparcelle Nr. 1937 zwei Fuhren Steine durch seinen Knecht ablagern und in der Breite eines Fahrgeleises auseinanderbreiten liess, sowie, dass genannter Knecht, als Kläger hinzukam, eben im Begriffe war, eine dritte Fuhr Steine dort abzuladen und über Verbot des Klägers das weitere Abladen der Steine unterliess. Diese Handlungsweise begründet offenbar einen eigenmächtigen Eingriff in die Besitzrechte des Klägers und bildet eine Besitzstörung im Sinne des § 339 ABG und der kais. Verord. vom 27. October 1849, RGB Nr. 12; Kläger ist daher nach den eben bezogenen Gesetzesstellen berechtigt, zur Abwehr dieses Eingriffes in seine Besitzrechte die Hilfe des Gerichtes in Anspruch zu nehmen und ist die eingebrachte Besitzstörungsklage begründet, weshalb dem Klagebegehren in der Hauptsache stattzugeben war.

Die Einwendung des Geklagten, er besitze das Fahrtrecht über diese Waldparcelle des Klägers und sei gemäss § 483 ABG berechtigt und beziehungsweise verpflichtet, die auf der sumpfigen Stelle unfahrbar gewordene Fahrbahn durch Aufführung von Schottersteinen in den fahrbaren Zustand zu versetzen, ist unentscheidend, weil selbst dann, wenn das Fahrtrecht des Geklagten auf der fraglichen Waldparcelle ausser Zweifel stünde, über den Bestand des vom Geklagten aus dem § 483 ABG abgeleiteten Rechtes zur Anführung von Schotter auf die fragliche Waldparcelle im Hinblicke auf die Bestimmung des § 5 der kais. Verord. vom 27. October 1849, RGB Nr. 12, wonach lediglich nur über den letzten factischen Besitzstand und über die erfolgte Störung im Besitze zu verhandeln ist, im Besitzstörungsverfahren nie entschieden werden könnte, die Entfernung der auf die Waldparcelle Nr. 1937 aufgeführten Steine musste dem Geklagten dem Klagebegehren gemäss aufgetragen werden, da durch den gerichtlichen Augenschein die absolute Unmöglichkeit dieser Wegräumung nicht constatirt wurde. Das Begehren auf gleichzeitige Festsetzung eines Pönfalles von 50 fl. auf die Nichterfüllung des Auftrages zur Entfernung der Steine aus der fraglichen Waldparcelle musste derzeit abgewiesen werden, weil hiedurch dem Vollstreckungsverfahren §§ 309 und 310 AGO vorgegriffen werden würde.

In dem vom Geklagten eingebrachten Revisionsrecurse wurde darauf hingewiesen, dass der OGH in einem vollkommen gleichen Falle mit E. vom 29. April 1890, Z. 4996 (GH 1890, Nr. 29) den Rechtsgrundsatz aussprach: „Die Beschotterung fremden Grundes zum Zwecke der Ausübung des Fahrtrechtes bildet keine Besitzstörung.“ Ferner wurde hervorgehoben, dass der factische Besitz des Geklagten bezüglich der Fahrwegservitut über die klägerische Waldparcelle vom Kläger gar nicht bestritten wurde, also vollkommen ausser Zweifel steht, endlich wurde betont, dass das aufgetragene Wegschaffen des im sumpfigen Erdreiche versunkenen Schotters als unmögliche Leistung nicht gefordert werden könne.

Der OGH hat nun im Gegensatze zu seiner obcitirten E. über Revisionsrecurs des Geklagten die Reformatentscheidung des OLG in ihrem ersten Absatze, in welchem der Geklagte der Störung des Klägers im Besitze seiner Waldparcelle schuldig erkannt wurde, sowie in jenen weiteren Absätzen, worin ihm aufgetragen worden ist, sich in Hinkunft jeder weiteren derartigen Besitzstörung bei einem im Wiederholungsfalle jeweilig angemessen zu erhöhenden Pönfalle von 10 fl. zu enthalten und worin er zum Ersatze der Streitverhandlungskosten an den Kläger verhalten wurde, zu bestätigen, in jenem Absatze jedoch, in welchem dem Geklagten bei sonstiger Execution binnen vierzehn Tagen aufgetragen wurde, die auf der genannten Waldparcelle des Klägers abgelagerten und ausgebreiteten Steine, soweit sie noch zu Tage liegen und daher mit der Hand weggenommen werden können, auf seine Kosten zu entfernen habe, theilweise abzuändern befunden.

Gründe:

Mangels einer Behauptung und Nachweisung der Erwerbung eines dinglichen Fahrwegdienstbarkeitsrechtes (§ 481 ABG) kann hier nur ein factischer persönlicher Fahrtrechtsbesitzstand in Betracht kommen.

In diesen factischen Rechtsbesitzstand konnte der Geklagte nur durch den Gebrauch dieses Rechtes gelangen und der Umfang dieses ergriffenen Rechtsbesitzes reicht nicht über die Grenzen des gemachten Gebrauches hinaus.

Da der Geklagte nun weder behauptet, noch erwiesen hat, dass er schon früher von einem Fahrtrechte über des Klägers Waldparcelle in der Art und Weise, dass er behufs Ermöglichung oder Erleichterung seines Fahrens Veränderungen in der klägerischen Parcelle, sei es durch Beschotterung, sei es in einer anderen Art, Gebrauch gemacht habe, so ist die jetzt dem Geklagten zur Last gelegte Handlungsweise, darin bestehend, dass er auf der in Rede stehenden Waldparcelle des Klägers Steine in einem grösseren Quantum ablagern und in der Breite eines Fahrgeleises auseinanderbreiten liess, als ein Versuch, seinen bisher ergriffenen Rechtsbesitzstand zu erweitern, somit als ein Eingriff in das unbestrittene Eigenthum des Klägers, wonach derselbe verbunden sein sollte, zum Vortheile des Geklagten in Rücksicht auf diese seine Waldparcelle noch mehr als bishin zu dulden, und sonach als eine Störung des Besitzstandes des Klägers aufzufassen. Dabei vermag zu solchem Handeln des Geklagten aus der Bestimmung des § 483 ABG eine Berechtigung nicht abgeleitet zu werden, zumal es sich bei einer Beschotterung eines Fahrgeleises durch eine sumfige Waldparcelle ebenso wie bei der Beschotterung eines solchen Geleises über eine nasse Wiese um einen Eingriff in die Rechtssphäre des Verpflichteten und keineswegs blos um die Erhaltung oder die blosse Wiederherstellung der zur Dienstbarkeit bestimmten Sache handelt.

In jenem Punkte jedoch, in welchem der Geklagte verpflichtet wurde, die auf der Waldparcelle abgelagerten und ausgebreiteten Steine auf seine Kosten zu entfernen, wurde über die Beschwerde des Geklagten die obergerichtliche Verordnung auf das Wegräumen der zu Tage liegenden und mit der Hand wegnehmbaren Steine beschränkt, weil dem gerichtlichen Augenscheine zufolge die vom Geklagten ausgebreiteten Steine nur ungefähr zu einem Drittel mit der Hand wegnehmbar, die anderen Drittel aber zum Theile ganz, zum Theile halb in sehr weichen Boden versunken und nur mittelst Krampen und Schaufeln, da sie förmlich ausgegraben werden müssten, entfernbar sind, und weil die Oberfläche der Parcelle, in deren Besitz der Kläger gestört wurde, wieder in den früheren Stand zurückversetzt erscheint, wenn die zu Tage liegenden Steine vom Geklagten weggeräumt werden und der Geklagte zum Ausgraben der versunkenen Steine nicht verurtheilt werden kann.

2730.

Nachträge zu Einwendungen im Wechselverfahren sind unstatthaft.

E. v. 20. April 1892, Z. 4889. — (Práv. XVIII ex 92, Seite 631.)

I. HG Prag.
II. OLG Prag.

Gegen eine am 15. Jänner 1892 dem Belangten zugestellte wechselrechtliche Zahlungsauflage überreichte B sofort am 16. Jänner seine Einwendungen, worüber die Tagfahrt zur mündlichen Verhandlung nach Wechselrecht auf den 9. Februar d. J. anberaumt wurde; am 22. Jänner überreichte B eine als „Nachtrag zu den Einwendungen" rubrizirte Eingabe, worin weitere Einwendungen und Belege derselben angegeben wurden. Diese Eingabe wurde seitens des Erstrichters dem Wechselkläger mit dem zugestellt, hierauf bei Erstattung der Replik Bedacht zu nehmen.

Ueber Recurs des Wechselklägers hat die II. J. die angefochtene E. dahin abgeändert, dass der in Rede stehende „Nachtrag zu den Einwendungen" dem Belangten als verspätet zurückzustellen und auf die bereits anberaumte mündliche Verhandlung zu verweisen sei, weil die bezügliche Zahlungsauflage schon am 15. Jänner d. J. zugestellt wurde, während der „Nachtrag zu den Einwendungen" erst am 22. Jänner, mithin schon nach Verstreichung der im § 7 W.-Verf. angeordneten Frist, bei der I. J. einlangte und dem Belangten umsoeher zurückzustellen war, als in dieser Rechtssache über die rechtzeitig eingebrachten Einwendungen bereits das mündliche Verfahren eingeleitet worden ist; in diesem Verfahren ist aber auf schriftliche Eingaben, insoferne sie sich auf bei der Verhandlung vorzubringende Daten beziehen, kein Bedacht zu nehmen, selbst wenn es der Partei gestattet wäre, dieselben im Zuge der Verfahrens, etwa bei der hiezu angeordneten Tagsatzung, geltend zu machen.

Den Revisionsrecurs des Belangten verwarf auch der OGH unter Hinweis auf die richtige Begründung des Oberrichters.

2731.

Der Umstand, dass zur Erzielung eines Erträgnisses aus einem concessionirten Geschäfte die persönliche physische und geistige Thätigkeit des Executen erforderlich ist, steht der executiven Sequestration desselben nicht entgegen.

E. v. 20. April 1892, Z. 4923. — (GH 4 ex 92, Seite 35.)

I. HG Wien.
II. OLG Wien.

In der Wechselrechtssache der Firma A gegen B, Inhaber einer concessionirten Kanzlei für Civil- und Militärangelegenheiten in Wien, pcto. 407 fl. hat die I. J. das Gesuch der Firma A um Bewilligung der executiven Sequestration der Nutzungen und Erträgnisse des gegentheiligen

concessionirten Geschäftes und Ernennung des C zum executiven Sequester, und um Ertheilung des Auftrages wegen Einführung des Sequesters in das gegentheilige Geschäft, sowie um Verständigung der Post- und Telegraphen-Direction für Oesterreich unter der Enns in Wien wegen Zustellung aller für den Gegner einlangenden Geld- und Werthsendungen abgewiesen, und zwar mit Rücksicht auf die Bestimmungen des § 321 AGO, wonach die in Geld bestehenden Einkünfte, ohne einen Sequester aufzustellen, dem Executionsführer nur eingeantwortet werden können.

Ueber den Recurs der Firma A hat die II. J. den angefochtenen B. behoben und der I. J. die gesetzmässige E. des obigen Gesuches mit Hintansetzung des gebrauchten Weisungsgrundes aufgetragen, weil § 321 AGO sich nur auf Einkünfte und Früchte in einem gewissen, d. h. ziffermässig bestimmten Betrage in Geld, der von einem Capitale fällig, oder von einer Casse, oder einem Dritten auszuzahlen ist, bezieht, die Erträgnisse eines Geschäftes aber nicht nur sowohl in Ansehung ihres Entstehens, als auch in Ansehung ihrer Ziffer nicht bestimmt sind, weder auch als von einem Capitale fällig, noch von einer Casse oder einem Dritten ausbezahlt werden.

Dem Revisionsrecurse des Executen B hat der OGH keine Folge gegeben und die angefochtene oberlandesgerichtliche E. in der Erwägung zu bestätigen befunden, dass, da es sich nicht um die Sequestration des Geschäftsleiters selbst, d. i. des Betriebes der dem B mit Erlass der n.-ö. Statthalterei vom 27. September 1874 concessionirten Kanzlei für Civil- und Militärangelegenheiten, sondern der Nutzungen und Erträgnisse derselben handelt, der Umstand, dass zur Erzielung solcher die persönliche, physische und geistige Thätigkeit des Executen selbst aufgewendet werden muss, der Bewilligung der angesuchten Sequestration im Sinne des § 320 AGO nicht entgegensteht.

2732.

Rechtliche Bedeutung einer Nachtragseinantwortung von zur Zeit derselben nicht mehr vorhandenen Gegenständen (§ 797 ABG).

E. v. 20. April 1892, Z. 4439. — (GZ 30 ex 92, Seite 239.)
I. LG Innsbruck.
II. OLG Innsbruck.

Im Jahre 1863 hat, wie die Kläger behaupten, deren Mutter und damalige Vormünderin eine Anzahl von Werthpapieren, welche aus dem Vermögen des früher verstorbenen Vaters der Kläger A herrührten, der Abhandlung aber nicht unterzogen waren und den Klägern erst im Jahre 1890 eingeantwortet wurden, dem Geklagten B zu dem Zwecke übergeben, damit er sich durch Verpfändung derselben ein baares Darlehen

verschaffen könne. Der Geklagte habe darauf ein Darlehen von 4200 fl. aufgenommen und den Depotschein der Mutter der Kläger ausgefolgt, welche einige Jahre später die Werthpapiere veräusserte und die Darlehensforderung per 4200 fl. aus dem Erlöse derselben tilgte. Die Kläger stellen nun gegen B das Begehren, dass der zwischen ihrer Mutter und dem Geklagten im Jahre 1863 abgeschlossene Vertrag für ungiltig erklärt und behoben werde, da die Vormundschaft ohne Zustimmung des Vormundschaftsgerichtes zum Abschlusse desselben nicht berechtigt war; verlangen in weiterer Folge die Rückstellung der Werthpapiere, und da dies nicht mehr möglich sei, die Zahlung von 4200 fl., welche aus ihrem Vermögen zur Befreiung der Werthpapiere aus dem Pfandnexus aufgewendet werden mussten.

Die I. J. hat die beiden ersten Punkte des Klagebegehrens als unbegründet zurückgewiesen, weil durch die Ausfolgung des Depotscheines der Mutter der Kläger die ausschliessliche Verfügung über die geliehenen Sachen eingeräumt worden ist, und dadurch, wie durch die einige Jahre später erfolgte Veräusserung der Werthpapiere der Leihvertrag aufgehoben wurde, dem dritten Punkte des Klagebegehrens auf Zahlung von 4200 fl. aber unter der Bedingung stattgegeben, dass die Kläger über den oben angeführten Thatbestand und den Umstand, dass B im eigenen Namen gehandelt hat, einen Beweis herstellen.

Das OLG hat in Stattgebung der Appellation des Geklagten die Klage unbedingt abgewiesen.

Gründe:

Um mit ihrer Klage durchzudringen, hätten die Kläger vor Allem den Beweis darüber erbringen müssen, dass die in der Klage erwähnten, von ihrer Mutter dem Geklagten überlassenen Werthpapiere ihr, der Kläger, Eigenthum waren. Denn, wenn diese Effecten nicht ihnen, sondern einem Dritten gehörten, so ist es offenbar, dass die damit vorgenommenen Rechtsgeschäfte sich ausser ihrer Rechtssphäre vollzogen, sie nicht berührten, und dass ihnen daraus keinerlei Rechte erwachsen konnten. Die Kläger haben aber diesen Beweis nicht erbracht und diesbezüglich angeführt, dass die fraglichen, angeblich ihrem Vater gehörigen Werthpapiere von ihrer Mutter-Vormünderin in ihrer Verwahrung behalten, der Verlassabhandlung nicht unterzogen und auch nicht in das gerichtliche Depositum gegeben wurden. Die Kläger haben sub c die Nachtragseinantwortung vom Jahre 1890 producirt, gemäss welcher ihnen auch das bei der väterlichen Abhandlnng verschwiegene, angebliche weitere Nachlassvermögen ihres Vaters zum Eigenthume überantwortet wurde. Nach § 797 ABG ist die Einantwortung die durch das Abhandlungsgericht formell bewerkstelligte Uebergabe des Nachlasses in den rechtlichen Besitz des ausgewiesenen, erbserklärten Erben. Das Gericht

kann aber mit Rechtswirkung nur diejenigen Vermögenschaften den Erben übergeben oder einantworten, welche thatsächlich im Nachlasse vorhanden sind. Wenn die Erben dem Gerichte Vermögenheiten als zum Nachlasse gehörig angeben, welche sich darin thatsächlich nicht vorfinden, und auf diese Weise die Einantwortung nicht existirender Vermögensstücke erwirken, so kann selbstverständlich eine solche Vermögensfingirung materiell von keiner Wirkung sein. Denn die Einantwortung bewirkt nur die Uebergabe dessen, was im Nachlasse vorhanden ist, nicht aber die Uebergabe von überhaupt nicht vorhandenen oder dritten Personen gehörigen Vermögensstücken. Nun sind aber die oberwähnten Werthpapiere bereits im Jahre 1865 veräussert worden und konnten somit im Jahre 1890 nicht mehr einen Bestandtheil des Nachlasses bilden. Dieser Umstand beweist nun wenigstens so viel, dass die damaligen gesetzlichen Vertreter der Kläger die angeblich im Nachlasse vorhandenen Werthpapiere als zu demselben gehörig nicht erkannten, sie vielmehr von denselben ausgeschlossen wissen wollten. Der blosse Erbrechtstitel schafft kein Eigenthum, die Uebergabe der Werthpapiere an die Kläger aber ist nie erfolgt. Die Kläger können daher nicht erweisen, weder dass die streitgegenständlichen Werthpapiere einen Theil des Nachlasses ihres Vaters bildeten, noch dass dieselbe je durch eine rechtswirksame Uebergabe auf sie übergingen. Der erforderliche Eigenthumsbeweis ist somit misslungen.

Der OGH hat die Revisionsbeschwerde der Kläger zurückgewiesen und das oberlandesgerichtliche U. aus dessen Gründen mit der Bemerkung bestätigt, dass die Kläger in keiner Weise bewiesen haben, dass die fraglichen Werthpapiere ihrem Vater gehörten und Gegenstand seines Nachlasses gebildet haben, indem die von ihnen nachträglich erwirkte Einantwortung vom Jahre 1890 dem Geklagten gegenüber von gar keiner rechtlichen Bedeutung ist.

2733.

Zweifelhaftigkeit der Abmachung ob theilweiser Rückzahlung oder Sicherstellung eines Darlehens.

E. v. 21. April 1892, Z. 4253. — (JB 42 ex 92, Seite 503.)
I. BG Braunau am Inn.
II. OLG Wien.

Ueber die Klage der Theresia E. gegen Marie P. auf Zahlung eines restlichen Darlehenscapitales per 197 fl. hat die I. J. die Geklagte zur Bezahlung des eingeklagten Betrages verurtheilt; dies aus folgenden, den Sachverhalt einschliessenden

Gründen:

Die Klägerin hatte aus dem Schuldscheine vom 2. November 1887 von der Geklagten den Darlehensbetrag von 1000 fl. zu fordern. Dieses

Capital wurde von der Klägerin unter'm 19. November 1887 zur Zahlung binnen einem halben Jahre, demnach bis 19. Mai 1888, gekündet. An diesem Tage erhielt die Klägerin von der Geklagten eine Silberrente per 1000 fl. zum damaligen Curse von 80·30 fl., somit im Werthe von 803 fl. sammt Coupons vom 1. Juli 1888 bis 1. Jänner 1894, und sie behauptete nun, dass ihr diese Silberrente zum Zwecke der Theilzahlung des vorbezeichneten Capitales per 1000 fl. übergeben wurde und begehrt mit der gegenwärtigen Klage die Bezahlung des Restes per 197 fl. Die Geklagte gibt zu, dass sie der Klägerin, wie diese behauptet, eine Silberrente per 1000 fl. sammt Coupons vom 1. Juli 1888 bis 1. Jänner 1894 übergeben habe, behauptet aber, dass diese Silberrente nur als Faustpfand zur Sicherstellung der klägerischen Forderung per 1000 fl. gegeben wurde, und dass dieses Capital per 1000 fl. noch zur Gänze im Ausstande sei, und dass dieses Capital erst zur Zahlung fällig sein soll, wenn sämmtliche Coupons von der übergebenen Silberrente abgereift sein werden. Diese Behauptung findet aber in der Darstellung der Geklagten keine Begründung. Die Geklagte behauptet, die Klägerin habe am 19. Mai 1888, d. i. nach Ablauf der Kündigungszeit, von ihr die Bezahlung dieses Capitales oder ausreichende Sicherstellung begehrt, und daraufhin habe sie sich herbeigelassen, Sicherstellung zu leisten und habe der Klägerin zu diesem Zwecke eine Silberrente per 1000 fl. sammt Coupons vom 1. Juli 1888 bis 1. Jänner 1894 übergeben mit dem Bedeuten: „Da haben Sie Sicherheit und können Sie sich aus den Coupons die Zinsen von Ihrem Capitale gutmachen“. Die Geklagte behauptet weiter, sie habe den Vorschlag gemacht, dass sie dann, wenn die Coupons werden abgereift sein, die Silberrente wieder einlösen und das Capital per 1000 fl. baar bezahlen werde, dass die Klägerin die Silberrente übernommen und sich mit diesem Vorschlage einverstanden erklärt habe. Durch das von der Klägerin gelegte Cursblatt, dessen Richtigkeit von der Geklagten nicht bestritten wird, ist dargethan, dass der Curs der Silberrente am 19. Mai 1888 80·30 fl. betrug, und dass sohin eine Silberrente per 1000 fl. einen Werth von 803 fl. repräsentirte, und dass durch die Uebergabe einer solchen Rente ein Betrag per 803 fl. bezahlt, eventuell sichergestellt wurde, während der Betrag von 197 fl. unbedeckt bleibt. Die Behauptung der Geklagten, dass Klägerin die übergebene Silberrente als Faustpfand angenommen hat, ist gegenstandslos, weil keine Aeusserung derselben behauptet wird, nach welcher die Klägerin diesen Antrag angenommen hat. Die Behauptung der Geklagten, sie habe sich über das Begehren der Klägerin auf Zahlung oder ausreichende Sicherstellung zur Sicherstellung herbeigelassen, ist unbegründet, da durch die Uebergabe der Silberrente per 1000 fl. mit Rücksicht auf den Curswerth derselben per 803 fl. nicht eine Forderung per 1000 fl. ausreichend sichergestellt werden kann. Die behauptete Vereinbarung, nach welcher die Klägerin die übernommene Silberrente nach

Ablauf einer bestimmten Zeit zurückgeben soll, ist für die E. dieser Streitsache irrelevant und kann aus dieser Vereinbarung nicht geschlossen werden, dass die Klägerin bezüglich des Betrages per 197 fl., um welchen der Betrag per 803 fl. überschritten wird, die bereits erwirkte Kündigung aufgegeben oder weitere Zahlungsfrist gestattet hat. Es war daher die Geklagte zur Zahlung des noch unbedeckten Theilbetrages per 197 fl. von dem mit Schuldschein vom 2. November 1887 beurkundeten Darlehenscapitale per 1000 fl. zu verurtheilen; dabei bleibt die Frage, ob der Theilbetrag per 803 fl. bezahlt oder nur versichert wurde, und die Geklagte verpflichtet ist, die allenfalls zur Sicherstellung übergebene Silberrente per 1000 fl. seinerzeit zurückzugeben, unberührt.

Ueber Appellation der Geklagten hat die II. J. das Klagebegehren abgewiesen.

Gründe:

Von beiden Seiten ist zugegeben, dass die Geklagte der Klägerin aus dem Schuldscheine vom 3. November 1887 den Darlehensbetrag von 1000 fl. schuldig geworden ist, dass diese Schuld für den 19. Mai 1888 zur Rückzahlung gekündet wurde, und dass an diesem Tage die Geklagte der Klägerin eine in Silber verzinsliche Staatsschuldverschreibung per 1000 fl. sammt Coupons, deren erster am 1. Juli 1888 fällig wurde, einhändigte. Streitig ist nur, ob, wie die Klägerin behauptet, ihr diese Silberrente als Theilzahlung auf die obenbezeichnete Schuld der Geklagten oder ob sie, wie die Letztere behauptet, als Faustpfand übergeben wurde. Aus der Uebergabe der Notenrente für sich allein, ohne Darthuung der begleitenden Umstände, lässt sich die Art des Geschäftes nicht erschliessen und insbesondere nicht, dass die Silberrente an Zahlungsstatt zur theilweisen Berichtigung obiger Darlehensforderung gegeben worden sein müsse. Denn mit Rücksicht auf den Begriff des Darlehensvertrages (§ 983 ABG), wornach der Darlehensnehmer nach einer gewissen Zeit ebensoviel von derselben Gattung zurückgeben soll, als er vom Darlehensgeber erhalten und mit Rücksicht auf § 1413 ABG, wornach eine von dieser Regel abweichende Art der Zahlung ein besonderes Uebereinkommen der Parteien voraussetzt, kann eine rechtliche Vermuthung dafür, dass in der Uebergabe der Silberrente an und für sich die Leistung einer Theilzahlung liege, keineswegs als bestehend angenommen werden. Es obliegt demnach der die Theilzahlung behauptenden Klägerin gemäss § 104 AGO der Beweis. Nun sind die diesfälligen thatsächlichen Anführungen der Klage ganz unbestimmt, übrigens auch gar nicht unter Beweis gestellt, und erst in der Replik führt die Klägerin concrete Umstände an, aus denen sie die behauptete Leistung einer Theilzahlung ableitet. Allein die betreffenden Thatsachen sind nicht bestimmt genug, um daraus auf die sofortige und unbedingte Uebergabe der Silberrente an Zahlungsstatt zu schliessen, da

nach ihrer eigenen Darstellung nur besprochen worden sein soll, dass im Juli 1888 eine Daraufzahlung zu leisten sei, eine klare und bestimmte Aeusserung und Vereinbarung jedoch in der Richtung, dass die mehrerwähnte Staatsschuldverschreibung in das Eigenthum der Klägerin übergehen soll, dann darüber, ob dies sofort oder erst zu dem angeblich für die Daraufzahlung bestimmten Zeitpunkte stattzufinden habe, von der Klägerin selbst nicht behauptet wird. Hiebei ist in Betracht zu ziehen, dass gemäss § 1414 ABG in dem Falle, als im Einverständnisse der Parteien bei einer Rückzahlung etwas anderes an Zahlungsstatt gegeben wird, die Handlung als ein entgeltliches Rechtsgeschäft anzusehen ist, und dass die Uebergabe der erwähnten Staatsschuldverschreibung an Zahlungsstatt die Natur eines Kaufes hätte, daher zum Abschlusse des Geschäftes die Bestimmung des Kaufpreises nach §§ 1053 und 1054 ABG erforderlich gewesen wäre, eine Vereinbarung des Preises jedoch, um welchen die Silberrente übernommen werden sollte, von der Klägerin nicht behauptet wird. Die betreffenden Repliksbehauptungen würden somit selbst im Falle ihrer Erweisung nicht geeignet sein, eine rechtliche Grundlage für das Klagebegehren, in welchem die Zahlung des nach der angeblich erfolgten Theilzahlung verbliebenen Darlehensrestes angesprochen wird, zu bilden. Das Klagebegehren war demnach, als der rechtlichen Grundlage entbehrend, unbedingt abzuweisen, ohne dass es auf die von beiden Seiten angebotenen Beweise ankäme, weil die Verurtheilung zur Zahlung des Darlehensrestes voraussetzt, dass die erfolgte Theilzahlung in einem bestimmten Betrage erwiesen sei.

Ueber die Revision der Klägerin hat der OGH die E. I. J. wieder herzustellen befunden; dies in der Erwägung, dass die Geklagte ihre Einwendung, dass die am 17. November 1887 geschehene Capitalsaufkündigung durch ein neues Uebereinkommen ausser Kraft gesetzt wurde, nicht darzuthun vermocht hat, da die Einwilligung in die von der Geklagten angestrebte weitere Stundung der Schuldzahlung von der Klägerin frei, ernstlich, bestimmt und verständlich hätte erklärt worden sein müssen, hier aber, wo nach den Processausführungen die Stundung bis Juli 1894 von der Geklagten mit den Worten: „bis der Coupon“, d. i. der ganze Couponsbogen, einer gleichzeitig, sei es nun als Zahlung, wie die Klägerin behauptet, sei es als Sicherstellung, wie die Geklagte behauptet, übergebenen Silberrente per 1000 fl. „aus ist“, begehrt und von der Klägerin bis zu dem in solcher Weise von der Geklagten bezeichneten Termine zugestanden wurde, von einer ernstlich bestimmten und verständlichen Willenserklärung der Streittheile nicht gesprochen werden kann, zumal der Ausdruck „bis der Coupon aus ist“ schon an und für sich wenig verständlich ist, von der Geklagten selbst, wie sich aus ihrer Einrede ergibt, dahin verstanden wurde, dass sie damit den Zahlungstermin für Jänner oder Juli 1892 erstrecke, während doch, wenn dieser Ausdruck den Sinn

haben sollte, dass der Zahlungstermin bis zu jenem Zeitpunkte erstreckt werde, in welchem der letzte der beigegebenen Coupons abgereift sei, dieser Termin bis 1. Juli 1894 erstreckt gewesen wäre, und auch gar kein Umstand dafür spricht, dass dieser Ausdruck von der Klägerin, welcher der beabsichtigte neue Zahlungstermin nicht mit Tag, Monat und Jahr deutlich und bestimmt bezeichnet wurde, mit seiner wahren Bedeutung erfasst und verstanden wurde (§ 869 ABG); und in der Erwägung, dass, nachdem die Geklagte ein Uebereinkommen, durch welches die Capitalsaufkündigung ausser Kraft gesetzt und ein neuer Zahlungstermin ernstlich bestimmt und verständlich festgesetzt wurde, nicht darzuthun in der Lage ist, sie den eingeklagten Betrag nach dem Klagebegehren der Klägerin zu zahlen verpflichtet erscheint, da es hiefür ganz unentscheidend ist, ob die Silberrente per 1000 fl. von der Geklagten zur theilweisen Begleichung ihrer Schuld oder zur Sicherstellung derselben behändigt wurde, indem im letzteren Falle die Klägerin ihre Forderung im vollen Betrage per 1000 fl. und daher auch den Theilbetrag von 197 fl. einzuklagen berechtigt war, und im ersteren Falle, wie ausgewiesen ist, durch die Hingabe der 1000 fl. Silberrente der Betrag von 803 fl. an der klägerischen Forderung per 1000 fl. beglichen wurde und die Klägerin daher noch ihren Capitalsrest per 197 fl. einklagen konnte.

2734.

Die Executionsführung auf die Stickmaschine eines Maschinenarbeiters ist unzulässig.

E. v. 21. April 1892, Z. 4695. — (GZ 30 ex 92, Seite 239.)
I. BG Dornbirn.
II. OLG Innsbruck.

In der summarischen Rechtssache des A gegen B wurde über Einschreiten des Klägers die Pfändung und Schätzung der dem Schuldner gehörigen Stickmaschine im Werthe von 200 fl. bewilligt und vorgenommen, später aber diese Executionsschritte für unwirksam erklärt, weil Schuldner nur diese eine Maschine besitzt, dieselbe aber für ihn als Sticker zur Ausübung seiner Berufsbeschäftigung unbedingt erforderlich und jenes Werkzeug ist, womit Schuldner sich täglich die Nahrung für sich und seine Familie verschaffen kann.

Das OLG hat über Recurs des A den erstrichterlichen B. bestätigt, weil nach § 2, Z. 5 Exec.-Nov., bei Handwerkern, Hand- und Fabriksarbeitern die zur Ausübung ihrer Beschäftigung erforderlichen Gegenstände der Execution entzogen sind; dazu alles Dasjenige gehört, was zur Ausübung der Beschäftigung nothwendig ist; weil zu diesen Objecten unzweifelhaft auch die für den Beschwerdeführer exequirte Stickmaschine gehört, und nicht widersprochen wird, dass der Execut mit dieser Maschine sich

und seiner Familie den Unterhalt verschafft, eine zweite Maschine aber demselben nicht zur Verfügung steht, und weil, falls der Schuldner nach den Ausführungen des Recurses als Maschinenarbeiter, respective Sticker kein Handwerker, Hand- und Fabriksarbeiter im Sinne des erwähnten § 2, Abs. 5 wäre, für denselben unter Hinweis auf den Eingang des § 2 die Bestimmung des § 453 wg. GO noch immer Geltung hätte, wonach der Gläubiger auf die nöthigen Werkzeuge, womit ein Schuldner sich täglich die Nahrung für sich und seine Familie verschaffen kann, die Execution zu führen nicht befugt ist.

Der OGH hat in der Erwägung, dass in gegenständlicher Rechtssache das summarische Verfahren zur Anwendung kam, in welchem gemäss § 51 des Hofd. vom 24. October 1845, JGS Nr. 906, das Rechtsmittel der a. o. Revision unzulässig ist, den Revisionsrecurs des A zurückgewiesen.

2735.

Das vor der Concurseröffnung anhängige Processverfahren ist für den Fall der Concurseröffnung über einen Streittheil auch dann zu unterbrechen, wenn das Erkenntniss über die anhängige Streitsache zwar gefällt, aber bei Eröffnung des Concurses den Processparteien noch nicht zugestellt war.

E. v. 21. April 1892, Z. 4774. — (GH 32 ex 92, Seite 272.)

Ueber das in die Verlassenschaft nach B gehörige Vermögen ist am 31. December 1891 der Concurs eröffnet worden. In Folge dessen hat das BG in Bergreichenstein laut B. vom 7. Jänner 1892, Z. 10326, das über die von A gegen diese Verlassenschaft auf Bezahlung des Betrages per 300 fl. eingebrachte Klage de praes. 14. November 1891, Z. 9211, eingeleitete Verfahren nach § 6 und 7 CO unterbrochen.

Dem Recurse des A hat das OLG in Prag mit E. vom 23. Februar 1892, Z. 5310, Folge gegeben und unter Abänderung des angefochtenen B. dem BG aufgetragen, die Ausfertigung des bereits am 28. December 1891, Z. 10326, gefällten Erkenntnissbescheides dem Kläger und, nachdem vor deren Hinausgabe und Zustellung an die Parteien am 31. December 1891 über das Vermögen der geklagten Verlassenschaft nach B der Concurs eröffnet wurde, dem für diese Concursmasse bestellten Masseverwalter zuzustellen; weil zur Zeit der Eröffnung des Concurses über das Vermögen der geklagten Verlassenschaft in dem hier in Frage kommenden Rechtsstreite bereits, und zwar unter'm 28. December 1891, Z. 10.326, der in der Sache selbst absprechende Erkenntnissbescheid gefällt war, daher nach § 7 CO von einer Unterbrechung des Verfahrens keine Rede sein kann, sondern dieser Erkenntnissbescheid dem Kläger und an Stelle des Geklagten dem Verwalter der Concursmasse zuzustellen ist.

Dem Revisionsrecurse des CMV hat der OGH stattzugeben und den erstrichterlichen B. wieder herzustellen befunden; weil von einem nicht hinausgegebenen Erkenntnisse nicht gesagt werden kann, dass es bereits ergangen sei, weil die CO in dem § 7 dem Falle der schon vor der Concurseröffnung in I. J. ergangenen E. in der Hauptsache, offenbar deshalb, weil von ihr der erste Richter nicht mehr abgehen darf, alle übrigen noch nicht so weit gediehenen Rechtslagen der Streitsache entgegenstellt und für diese ohne Unterschied des eingeleiteten Verfahrens die Unterbrechung zum Behufe der Anmeldung vorschreibt, weil daher der erstrichterliche B. diesem Gesetze entspricht.

2736.

Die Partei ist nicht verpflichtet, die einem von Amtswegen erlassenen Requisitionsschreiben beigeschlossenen Beilagen auf eigene Kosten übersetzen zu lassen.

E. v. 21. April 1892, Z. 5091. — (GZ 40 ex 92, Seite 319.)

Das KG in Trient hat in einer Vormundschaftsangelegenheit das LG Graz um Einvernahme einer sich in Graz aufhaltenden betheiligten Person ersucht und dem in italienischer Sprache abgefassten Ersuchsschreiben mehrere Beilagen ebenfalls in italienischer Sprache angeschlossen. Da das LG Graz die Beistellung einer deutschen Uebersetzung des Ersuchsschreibens und der Beilagen desselben für den Fall abverlangte, als es nicht ermächtigt werden würde, die in Rede stehenden Uebersetzungen auf Kosten der Partei besorgen zu lassen, hat sich das KG Trient an das OLG mit der Bitte gewendet, das Nöthige vorzukehren, damit das erwähnte Ersuchsschreiben seiner E. zugeführt werde. In E. dieses Berichtes hat das OLG die I. J. beauftragt, die Beilagen ihres Ersuchsschreibens an das LG in Graz auf Kosten der ansuchenden Partei übersetzen zu lassen.

Ueber den Recurs der letzteren hat nun der OGH die angefochtene oberlandesgerichtliche Verordnung aufgehoben und dem LG in Graz aufgetragen, unter Abstandnahme von dem an das KG in Trient gerichteten Ersuchen mit der ordnungsmässigen E. des Requisitionsschreibens unverzüglich vorzugehen; dies in der Erwägung, dass die Sprache, in welcher die Gerichtsbehörden unter einander zu verkehren haben, eine die Parteien nicht berührende, innere Angelegenheit der Gerichtsbehörden bildet, dass die Einvernehmung des X von Amtswegen angeordnet wurde, dass der Partei die Beibringung von Uebersetzungen keineswegs aufgebürdet werden kann, und dass vielmehr dem requirirten Gerichte die Pflicht obliegt, sich von dem Inhalte des Requisitionsschreibens sammt Beilagen im geeigneten Wege, nöthigenfalls auf Kosten des eigenen Amtspauschales, Kenntniss zu verschaffen.

2737.

Die am Tage der Concurseröffnung vollzogene Intabulation (Verfachung) ist unwirksam und kann vom Masseverwalter im Recurswege angefochten werden (§§ 2 und 11 CO).

E. v. 21. April 1892, Z. 4843. — (GZ 29 ex 92. Seite 231.)
I. BG Dornbirn.
II. OLG Innsbruck.

Mit dem B. vom 3. Februar 1892 wurde über die Executionsklage des A das sicherstellungsweise Pfandrecht auf den namhaft gemachten Realitäten des Geklagten B bewilligt und gleichzeitig das Triplicat des Bescheides dem Verfachbuche des BG Dornbirn einverleibt. Am gleichen Tage war vom KG Feldkirch über das Vermögen des B der Concurs eröffnet. Der MV erhob gegen die erwähnte Pfandbewilligung den Recurs, welchem das OLG Folge gab und den angefochtenen B. aufhob, weil am 3. Februar 1892 über das Vermögen des B der Concurs eröffnet und das Concursedict an diesem Tage an der Amtstafel des KG angeschlagen wurde, weil gemäss § 2 CO die Rechtswirkungen der Concurseröffnung mit dem Beginne desjenigen Tages eintreten, in dessen Laufe bei dem Concursgerichte die Anschlagung des Edictes an das Gerichtshaus stattgefunden hat, und nach § 11 CO nach Eröffnung des Concurses wegen einer Forderung an den Gemeinschuldner auf das in die Concursmasse gehörige Vermögen ein Pfandrecht nicht erwirkt werden kann.

In dem Revisionsrecurse machte A geltend, dass die Verfachung des B. vom 3. Februar 1892 jedenfalls früher als die Concurseröffnung erfolgt sei, und dass das formell begründete Pfandrecht nicht im Recurswege angefochten und aufgehoben werden könne.

Der OGH hat dem Revisionsrecurse keine Folge gegeben und die oberlandesgerichtliche Verordnung aus deren Gründen bestätigt.

2738.

Ungiltigkeit einer Ehe mangels Zustimmung des Adoptivvaters.

E. v. 26. April 1892, Z. 3952. — (JB 49 ex 92, Seite 587.)
I. LG Wien.
II. OLG Wien.

A, Adoptivvater der am 16. September 1870 geborenen B, klagte auf Ungiltigkeitserklärung der von der Genannten am 20. Juli 1890 zu Newark (Nordamerika) mit dem C geschlossenen Ehe. Aus der Klage sowie dem Verhandlungsprotocolle ergibt sich folgender Thatbestand: Der österreichische Genieofficier C war am 27. März 1890 bei der im Elternhause wohnhaften B, mit welcher er schon seit längerer Zeit ein Liebesverhältniss hatte, erschienen, und schlug ihr nach ihrer Angabe eine

gemeinschaftliche Reise nach Paris vor, zu welcher er sie auch wirklich zu bereden wusste. In Paris habe ihr der C sodann seinen Plan entwickelt, mit ihr nach Amerika zu reisen und sich daselbst mit ihr trauen zu lassen; sie habe nicht sofort in diesen Plan gewilligt, worauf C sie mit dem Revolver zur Reise nach Amerika gezwungen habe. Daselbst wurden die Beiden in der That getraut, doch sah sich die B baldigst zur Rückkehr in das Elternhaus veranlasst. Sie erklärte sich auch mit dem Begehren um Ungiltigkeitserklärung ihrer Ehe einverstanden.

Die I. J. erklärte diese Ehe für ungiltig aus nachfolgenden

Gründen:

Was zunächst die Competenz dieses LG zur Untersuchung über die Giltigkeit dieser Ehe anbelangt, kann es wohl keinem Zweifel unterliegen, dass die österreichischen Gerichte berufen sind, hierüber zu entscheiden, obwohl die Ehe im Auslande geschlossen wurde und nur der klagende Ehetheil auch dermalen seinen Wohnsitz im Inlande hat, weil beide Ehegatten österreichische Staatsangehörige sind, und weil einestheils die Anzeige von einem von Amtswegen zu untersuchenden Ehehindernisse erstattet wurde, anderentheils aber es sich um die persönliche Fähigkeit der Ehegatten zur Eheschliessung handelt und nach § 4 ABG die Staatsbürger auch in Handlungen und Geschäften, die sie ausser dem Staatsgebiete vornehmen, an die bürgerlichen Gesetze gebunden bleiben, insoweit ihre persönliche Fähigkeit, sie zu unternehmen, dadurch eingeschränkt wird, und es einem österreichischen Staatsangehörigen für alle Fälle gestattet sein muss, die Feststellung der Giltigkeit oder Ungiltigkeit einer von ihm vorgenommenen Handlung mit Rücksicht auf diese Bestimmung im Rechtswege zu verlangen. Da die Ehegatten niemals einen gemeinschaftlichen Wohnort im Inlande hatten, erübrigte nichts als die Competenz jenes inländischen Gerichtes als begründet anzusehen, in dessen Sprengel der geklagte Ehegatte seinen letzten ordentlichen Wohnsitz hatte. Dies ist nach § 10 Mil.-Jur.-Norm K. . . . und ist dieses LG in Wien durch die vom OLG in Wien verfügte Delegirung an dessen Stelle getreten. In materieller Beziehung erscheint durch das U. des Garnisonsgerichtes in K.... vom 27. September 1890, welches in diesem Theile durch das U. des Militärobergerichtes in Wien vom 31. October 1890, Z. 1879, bestätigt wurde, nachdem bis auf einen Punkt von keiner Seite ein Bedenken gegen die Richtigkeit der demselben zugrunde gelegten Thatsachen erhoben wurde, jedenfalls erwiesen, dass die minderjährige B durch C ohne Einwilligung ihres Adoptivvaters A entführt wurde. Es ist darin auch ausgesprochen, dass die Entführung mit Einwilligung der Minderjährigen geschehen sei. Die B hat nun bei ihrer Vernehmung die Sache so darzustellen gesucht, als ob sie ursprünglich nur einen Vergnügungsausflug mit C unternommen und zur weiteren Fortsetzung der

Reise mit ihm, die mit der Eheschliessung endete, durch die Drohung, sie sonst zu erschiessen, genöthigt worden zu sein. Abgesehen davon, dass die Richtigkeit dieser Angaben von dem Vertheidiger des Ehebandes bestritten ist, und für dieselben wohl überhaupt kein Beweis erbracht werden kann, wäre die Entführung, sofern man überhaupt, wie unten weiter ausgeführt wird, in civilrechtlichem Sinne von einer solchen im vorliegenden Falle sprechen kann, schon mit dem Verlassen des väterlichen Hauses, beziehungsweise Wiens, vollendet, es muss daher in Uebereinstimmung mit obigem U. angenommen werden, dass die Entführung mit Einwilligung der Minderjährigen geschah. Bei dieser Sachlage kann aber der Bestand des Ehehindernisses der Entführung nicht angenommen werden. Das ABG hat den Begriff der Entführung nicht näher definirt, dieser Begriff kann nicht aus der Definition des Strafgesetzbuches herübergenommen werden, sondern muss nach dem allgemeinen Wortgebrauche und aus dem bürgerlichen Gesetze selbst erklärt werden. Schon nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche kann von einer Entführung eigentlich nur dann die Rede sein, wenn eine Frauensperson mit List oder mit Gewalt ihrem gewöhnlichen Lebensberufe gegen ihren eigenen Willen entrückt wird, um zu einer Heirat oder dem ausserehelichen Geschlechtsverkehre mit einem Manne genöthigt zu werden; dass das ABG dasselbe im Auge gehabt haben dürfte, ergibt sich aus der Erwägung, dass dieses Ehehinderniss unter der Marginalrubrik der mangelnden Einwilligung begriffen ist, und alle übrigen dahin gehörigen Fälle sich auf den Mangel der Einwilligung seitens eines der eheschliessenden Theile selbst beziehen. Der strafrechtliche Begriff der Entführung ist daher ein aus öffentlichen Rücksichten gegenüber dem allgemeinen erweiterter, es ist aber nicht abzusehen, warum diese Erweiterung auf das Civilrecht übertragen werden sollte und weshalb vom Standpunkte des Civilrechtes dem mitschuldtragenden Ehegatten ein Bestreitungsrecht eingeräumt sein sollte, zumal als das ABG bezüglich der Eheschliessung auch der eigenen Willensbestimmung der minderjährigen Ehegatten Raum gelassen hat (§ 52 ABG, vgl. auch § 190 Verf. a. Strts.). Uebrigens bildet die mangelnde Einwilligung des Vaters oder des Vormundes ohnehin ein separates, wenn auch nur privates Ehehinderniss. Dagegen war auf Ungiltigkeit der Ehe mangels der Einwilligung des Adoptivvaters zu erkennen, da dieser Mangel, wie oben ausgeführt, als erwiesen anzusehen ist, und aus dem von Amtswegen zu den Acten geschafften Adoptivvertrage sich ergibt, dass A durch die Adoption nach § 183 ABG die väterliche Gewalt über die minderjährige B übernommen hat, da anderweitige Bestimmungen nicht getroffen wurden.

Die II. J. bestätigte dieses U. aus seinen Gründen, während der OGH die U. der unteren Instanzen bestätigte und ausserdem aussprach, dass ein Verschulden nur auf Seite des C vorliege, aus folgenden

Gründen:

Die beiden untergerichtlichen U., welche über das Begehren des A als Adoptivvaters und gesetzlichen Vertreters der minderjährigen B die Ungiltigkeit und Auflösung der von dieser am 20. Juli 1890 vor dem Friedensrichter der Stadt Newark in Nordamerika mit C geschlossenen Civilehe ausgesprochen haben, müssen als der Sachlage und dem Gesetze (§§ 49 und 94 ABG) entsprechend erkannt werden und waren daher mit Verwerfung der gegen dieselbe von dem Vertheidiger des Ehebandes gemäss § 18 des Justizhofd. vom 23. August 1819, JGS Nr. 1595, ergriffenen Revision zu bestätigen. Denn es ist erwiesen, dass die B zur Zeit ihrer Eheschliessung noch minderjährig war. Hiernach war sie, nachdem sie von C am 7. März 1890 wohl mit ihrem Wissen und Willen, jedoch ohne Wissen und Einwilligung ihres Adoptivvaters aus dem Hause des Letzteren entführt worden ist, nach § 49 ABG als Minderjährige unfähig, ohne Einwilligung ihres Adoptivvaters A sich giltig zu verehelichen. Wegen Mangels des eigenen Vermögens der B zur Einwilligung in die Eheschliessung mit C und wegen Abganges der erforderlichen Einwilligung ihres Adoptivvaters A in dieselbe war daher über Ansuchen des Letzteren gemäss § 94 (zweiter Satz) ABG die Auflösung dieser Ehe auszusprechen. Ein Verschulden an der Schliessung dieser ungiltigen Ehe kann jedoch nur dem C, nicht auch der B zur Last gelegt werden, weil, wenn auch das Ehehinderniss auf Seite der Letzteren bestand, doch ihre Angabe, sie sei von C zur Eingehung der Civilehe dadurch genöthigt worden, dass derselbe sich sonst geweigert haben würde, ihrem Verlangen, wegen ihres Krankheitszustandes nach Hause zu ihrem Adoptivvater zurückzukehren, zu entsprechen und die Schliessung dieser Civilehe zur Bedingung seiner Einwilligung in ihre Abreise gemacht habe, nicht unglaubwürdig, jedenfalls aber durch die gepflogenen Erhebungen nicht widerlegt ist, unter diesem Umstande aber ein Verschulden der in einer derartigen Zwangslage befindlich gewesenen B daran, dass sie ohne die Einwilligung ihres Adoptivvaters die Civilehe mit E. eingegangen ist, füglich nicht ausgesprochen werden konnte.

2739.

Ueber das Vorgehen des Richters bei Abnahme des Manifestationseides.

E. v. 26. April 1892, Z. 4163. — (GH 7 ex 93, Seite 61.)

I. BG Hermagor.
II. OLG Graz.

J. W. und Genossen klagen die E. und J. T. auf Ablegung des Manifestationseides, weil dieselben angeblich im Verlassabhandlungszuge nach Georg und Barbara W. Vermögensobjecte verschwiegen haben.

Das Klagebegehren wurde abgewiesen aus folgenden

Gründen:

Es ist weder aus den Abhandlungsacten noch aus der Actenlage dieses Rechtsstreites zu entnehmen, dass die Geklagten sich irgendwie geweigert hätten, den Manifestationseid abzulegen, und wird dies auch von den Klägern nicht behauptet, noch weniger erwiesen. Es ist allerdings richtig, dass die Geklagten theilweise zugestanden haben, dass ausser den in der Abhandlungspflege nach Georg und Barbara W. aufgezählten Activposten sich noch andere Vermögensobjecte unter dem Verlassenschaftsvermögen befanden, sie sind daher der Aufforderung, solche Vermögensobjecte, welche ihnen bekannt waren, anzugeben, nachgekommen. Sie haben demnach im Wesentlichen in das Klagebegehren submittirt. Die Submission in das Klagebegehren befreit zwar von der Verpflichtung zum Ersatze der Kosten an und für sich nicht, diese Befreiung tritt nur dann ein, wenn der Submittirende dem Kläger keinen Anlass zur Klageführung gegeben hat. Im gegebenen Falle haben aber die Kläger weder bei der Abhandlungstagsatzung das Begehren auf Ablegung des Manifestationseides gestellt, noch dargethan, dass sie vor Ueberreichung dieser Klage ein solches Begehren fruchtlos gestellt haben.

Die Kläger haben die Abhandlungsprotocolle ohne jeden Vorbehalt mit den Geklagten zugleich mitunterfertigt, und so lange eine solche Weigerung seitens der Geklagten nicht vorlag, hatten die Kläger keinen Anlass, sofort den Weg der Klage zu betreten, und wird auch von den Klägern nirgends behauptet, noch weniger aber dargethan, dass sie in Folge der Weigerung zur Klageführung genöthigt gewesen seien.

Eine jede Klage setzt aber eine Rechtsverletzung oder eine Rechtsverweigerung seitens des Gegners voraus und wo diese nicht erfolgte, mangelt auch der Rechtsgrund zur Klage. Sache der Kläger wäre es gewesen, entweder bei der Abhandlungspflege selbst die Geklagten zur Angabe aller Verlassactiven aufzufordern, oder die Reassumirung der Verlassabhandlung zu begehren, und erst dann, wenn die Geklagten die Angabe der angeblich vertuschten Vermögensobjecte verweigert hätten, wären Kläger zur Führung der gegenwärtigen Klage berechtigt gewesen. Diese von den Klägern eingebrachte Klage stellt sich, abgesehen davon, dass dieselben nicht befugt waren, betreffs beider Verlassenschaften nach Georg und Barbara W. das Begehren auf Ablegung des Manifestationseides in einer Klage zu stellen, als ein zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nothwendiges Mittel nicht dar, weshalb das Klagebegehren als verfrüht dermalen abgewiesen werden musste.

Die II. J. hat diese E. abzuändern und dem Klagebegehren stattzugeben befunden, aus folgenden

Gründen:

Das Recht, Klage zu führen, hat nicht zur Voraussetzung, dass eine aussergerichtliche Mahnung der Klage vorausgegangen und constatirt sein müsse, dass die Beklagten dem bezüglichen Verlangen nicht entsprochen haben. Die Klage ist vielmehr eine gerichtliche Mahnung (§ 1334 ABG) und unterscheidet sich von der aussergerichtlichen Mahnung nur dadurch, dass sie in der Regel mit grösseren Kosten als die letztere verbunden sein wird. Dieses kann also lediglich die Folge haben, dass, wenn die Beklagten sich der Klage sofort unterwerfen und darthun, dass sie dem Begehren auch dann entsprochen hätten, wenn dasselbe aussergerichtlich an sie gestellt worden wäre, die Kosten der Klage, insoweit sie jene der aussergerichtlichen Mahnung überschreiten, für unnothwendig zu erklären sein werden.

Im vorliegenden Falle aber haben die Beklagten das von den Klägern geltend gemachte Recht bestritten, sie haben über die Klage einen vollständigen Rechtsstreit abgeführt und ihr Begehren, dass die Klage abzuweisen sei, bis zum Schlusse des Processes aufrecht erhalten.

Können demnach die Kläger beweisen, dass das von ihnen gestellte Begehren gesetzlich begründet sei, so sind auch die Beklagten mit U. zu verhalten, demselben zu entsprechen. Ersteres ist nun vorliegend allerdings der Fall. Denn die Beklagten haben die Behauptung der Kläger, dass sie (Beklagte) das Vermögen des Georg und der Barbara W. verwaltet haben, in der Einrede nicht widersprochen, sondern dieses erst in der Duplik gethan. Auf einen so verspäteten Widerspruch kann aber auch im summarischen Verfahren gemäss §§ 7 und 25 des Justiz-Hofd. vom 24. October 1845, Nr. 966 JGS, keine Rücksicht genommen werden, und es ist somit die erwähnte Behauptung der Kläger gemäss §§ 5 und 104 AGO ohne weiteren Beweis für wahr zu halten.

Uebrigens ergibt sich aus den eigenen Behauptungen der Beklagten in der Einrede, dass sie von dem Vermögen der genannten beiden Verstorbenen Kenntniss gehabt haben, dann dass sie Vermögensstücke deshalb bei den bezüglichen Verlassabhandlungen nicht angegeben haben, weil die Verstorbenen mit denselben angeblich schon bei Lebzeiten verfügt haben sollen und insbesondere auch zu Gunsten der Geklagten und beziehungsweise der Eva Th.

Hienach ist ohne weiters für erwiesen zu halten, dass im gegebenen Falle in Bezug auf die Beklagten die Voraussetzungen des § 220 AGO vorhanden sind. Die Beklagten müssen also dem Begehren der Kläger entsprechen und verurtheilt werden, den Offenbarungseid im Sinne der bezogenen Gesetzesstelle, also in der im U. festgesetzten Form abzulegen. Demzufolge wird der Richter im Falle, als die Beklagten sich zur Ablegung dieses Eides erbieten, dieselben aufzufordern haben, Alles anzugeben, was ihnen von den Verlassenschaften der verstorbenen Georg und

Barbara W. bekannt ist. Werden die Beklagten hierauf vor Gericht aussagen, dass ihnen als Nachlassvermögen der Genannten nur jenes bekannt sei, welches in den betreffenden Verlassabhandlungen als deren Activvermögen behandelt wurde und sonst kein anderes, so werden sie diese Aussagen zu beschwören haben. Werden aber die Beklagten angeben, dass sie auch von einem anderen Vermögen des Georg oder der Barbara W. oder Beider Wissenschaft haben, so wird von den Beklagten dieses weitere Vermögen genau anzugeben und von ihnen diese Angabe mit dem zu beschwören sein, dass ihnen von einem anderen Nachlassvermögen als dem angegebenen nichts bekannt sei.

Aus der Natur des gerichtlichen Eides überhaupt, als der feierlichen Bestätigung der Wahrheit einer Behauptung und daher auch aus der Natur des Offenbarungseides folgt von selbst, dass im Falle, als die Angaben, welche die Beklagten in Folge des vorliegenden U. vor Gericht zu machen und zu beschwören haben werden, der Wahrheit nicht entsprechen sollten, die Beklagten sich einer Verschweigung und beziehungsweise Verheimlichung oder Vertuschung schuldig machen würden. Es ist daher jener Theil des Klagebegehrens, womit verlangt wird, die Beklagten haben noch insbesondere zu beschwören, dass sie von dem anzugebenden Nachlassvermögen nach Georg und Barbara W. nichts verschwiegen, verheimlicht und vertuscht haben, entweder überflüssig, beziehungsweise es entfällt dieser Beisatz als etwas Selbstverständliches, oder es hätte derselbe offenbar mehr die Natur eines unzulässigen Reinigungs- als eines Offenbarungseides.

Demzufolge findet dieser Beisatz im Gesetze keine Rechtfertigung und es war deshalb der zugelassene Eid lediglich nach der Anordnung des Letzteren zu formuliren.

Die Einstreuung der Beklagten, dass die Klage gegen die Anordnung des § 4 AGO verstosse, ist unbegründet, denn diese Gesetzesstelle enthält wesentlich nur eine Anweisung für den Richter und bezweckt in erster Linie zu verhindern, dass eine und dieselbe Streitverhandlung sich nicht in einer für die E. nachtheiligen Weise verwickelt gestalte oder gar unmöglich gemacht werde.

Ueber Revisionsbeschwerde der Beklagten hat der OGH diesem Revisionsbegehren der Geklagten keine Folge zu geben und das angefochtene oberlandesgerichtliche U. zu bestätigen befunden, wobei sich auf die durchaus richtige Begründung desselben bezogen wird, durch welche auch die gebrachten Beschwerdegründe im Wesentlichen schon ihre Widerlegung gefunden haben und nur noch die Beschwerde wegen Nichtberücksichtigung des Umstandes, dass die Kläger selbst und beziehungsweise durch ihren Bevollmächtigten bei den Verlassabhandlungen nach Barbara und Georg W. und der hiebei geschehenen Verlassvermögensaufstellung mitgewirkt haben, ihre Würdigung dahin finden mag, dass aus dieser

Mitwirkung noch keineswegs ein Verzicht auf das Recht, von den Beklagten die Ablegung des Offenbarungseides zu forden, abgeleitet werden kann, und zwar selbst dann nicht, wenn die Letzteren gegenüber dem Widerspruche der Kläger zu erweisen im Stande wären, dass sie von dem Stande der fraglichen Verlassenschaften schon bei den Verlassabhandlungen jene Mittheilungen gemacht hätten, auf welche dieselben ihre Einrede gestützt haben.

2740.

Zur Entscheidung über den Anspruch eines Gemeindevorstandes auf Entlohnung für Kanzleiarbeiten und -Auslagen sind die Gerichte zuständig.

E. v. 26. April 1892, Z. 4973. — (Práv. XVIII ex 92, Seite 621.)

I. KG Tabor.
II. OLG Prag.

Nach Inrotulirung der Acten im Stritte des gewesenen Gemeindevorstehers A wider die Gemeinde B pcto. Zahlung per 150 fl. als Entlohnung für Bestreitung verschiedener Kanzleiarbeiten und -Auslagen durch drei Jahre seiner bezüglichen Functionsdauer hat die I. J. das gesammte Verfahren mit Einschluss des Klagsbescheides wegen Unzuständigkeit der Gerichte behoben und den Kläger zum Ersatze der Gerichtskosten verfällt, weil A die Zahlung einer ihm für die Bestreitung von Kanzleiarbeiten und -Auslagen gebührenden Entlohnung verlangt, welche ihm aus seiner Thätigkeit als Gemeindevorsteher, also auf Grund einer öffentlich-rechtlichen Stellung gebührt, worüber nur den autonomen Behörden, nicht aber den Gerichten die E. zusteht.

Ueber Recurs des A hat die II. J. die angefochtene E. behoben und dem Erstrichter die weitere Amtshandlung auf Grund der rotulirten Acten aufgetragen.

Gründe:

A gründet seinen Klagsanspruch auf den Beschluss der Gemeindevertretung, dass ihm als Gemeindevorsteher für die Besorgung der Kanzlei- und sonstigen mit dieser Function verbundenen Arbeiten und für die Bestreitung der Kanzleiauslagen eine Entlohnung per 50 fl. für je ein Jahr seiner Amtsdauer auszuzahlen sei. Diese Entlohnung ist keine öffentlichrechtliche Giebigkeit, deren Eintreibung etwa den autonomen oder politischen Behörden zustünde; es ist auch unentscheidend, dass dieser Anspruch auf die Thätigkeit des A als Gemeindevorstehers, mithin auf eine öffentliche Amtsstellung sich stützt, weil derselbe doch nur ein privatrechtlicher ist, welcher aus einer seitens der belangten Gemeinde dem A gegenüber eingegangenen Verpflichtung herstammt. Es kann mithin gar nicht bezweifelt werden, dass die E. über die Klage auf Zahlung einer

vereinbarten Entlohnung, mithin über eine privatrechtliche Frage den Gerichten zukommt und es steht die von Amtswegen erfolgte Annullirung des Verfahrens mit den Bestimmungen des § 26 Summ.-Pat. und § 48 al. 2 JN im Widerspruche.

Ueber den Revisionsrecurs der Gemeinde B hat der OGH die E. II. J. aus den Gründen derselben, welche durch die Ausführungen des Revisionsrecurses nicht erschüttert erscheinen, bestätigt.

2741.

Die Kosten der Beweisaufnahme hat der gebührenpflichtige Streittheil auch statt des das Armenrecht geniessenden zu tragen, wenngleich die Beweisaufnahme von beiden Theilen veranlasst wurde.

E. v. 26. April 1892, Z. 5005. — (Práv. I ex 93, Seite 29.)

I. KG Leitmeritz.
II. OLG Prag.

Die im Stritte des das Armenrecht geniessenden A wider die Zuckerfabriksfirma B pcto. Schadenersatz aufgelaufenen Zeugen- und Sachverständigengebühren anlässlich der zum grössten Theile seitens beider Streittheile veranlassten Beweisaufnahme hat die I. J. im Betrage von 35 fl. adjustirt und die Firma B zum Erlage desselben zu Gerichtshanden aufgefordert, dies aus dem Grunde, weil B die einvernommenen Zeugen und Sachverständigen theils allein, theils zugleich mit A führte; nachdem dieser das Armenrecht geniesst, hat B die bezüglichen Auslagen allein zu tragen, weil derartige Auslagen nur dann aus dem Amtsverlage zu leisten sind, wenn der das Armenrecht Geniessende dieselben allein zu bestreiten hat, und keinem Anderen neben ihm diese Pflicht obliegt.

Ueber Recurs der B gegen diese E. beziehungsweise die Auflage der ganzen, aus der gemeinschaftlichen Beweisführung herrührenden Auslagen, hat die II. J. die recurrirte E. bestätigt; denn aus dem § 6 des Hofd. vom 26. Juli 1840, JGS Nr. 457, dem § 13 des GG vom 9. Februar 1850, RGB Nr. 50, und aus dem Abs. 9 der FMV vom 20. December 1862, RGB Nr. 102, geht hervor, dass der Abs. 1 der FMV vom 8. Februar 1853, RGB Nr. 110, nur in dem Falle platzgreift, wenn eine das Armenrecht geniessende Partei nicht mit einer gebührenpflichtigen Partei zusammentrifft, während im Falle des Zusammentreffens die letztere Partei die ganze Gebühr statt der ersteren zu leisten hat.

In dem a. o. Revisionsrecurse der B wurde ausgeführt, dass das bezogene Zusammentreffen nur auf Streitgenossen, nicht aber auf Streitgegner Anwendung finde, weil andernfalls der gebührenpflichtige Streittheil noch vor E. des Streites statt der Gegenseite einen Theil der Processkosten tragen müsste, deren Ersatz er im Hinblicke auf die Vermögens-

verhältnisse des Gegners nicht einmal dann zu gewärtigen hätte, wenn er im Processe endgiltig zur Gänze obsiegen würde.

Der OGH hat dem a. o. Revisionsrecurse wegen Abganges der Erfordernisse des Hofd. vom 15. Februar 1833, JGS Nr. 2593, keine Folge gegeben.

2742.

Zulässigkeit der Aufforderungsklage im Falle des bei der Baucommission erhobenen Widerspruches gegen die Errichtung einer Mauer wegen angeblicher Behinderung des Wasserablaufes von einem Grundstücke auf das andere.

E. v. 26. April 1892, Z. 5061. — (JB 28 ex 92, Seite 336.)
I. BG Görkau.
II. OLG Prag.

Nach Angabe der von Pauline R. gegen Vincenz F. überreichten Aufforderungsklage hat die Klägerin bei dem Bürgermeister- als Bauamte in G. um die Bewilligung angesucht, an Stelle der Holzverschalung an der westlichen Rückseite ihres bei der Kegelbahn gelegenen Gartenhäuschens in dem der Klägerin zu ihrem Wohnhause Nr. 23 in G. zugeschriebenen Garten Cat.-Z. 192 eine Ziegelmauer erbauen zu dürfen. Gemäss des Bauprotocolles habe der Anrainer Vincenz F. gegen die Erbauung einer Ziegelmauer an Stelle der Holzwand des bei der Kegelbahn im Garten Cat.-Z. 192 in G. stehenden Gartenhäuschens der Klägerin Verwahrung eingelegt, weil hiedurch dem Niederschlagswasser von seinem Garten Cat.-Z. 194 in G. jeder Abfluss verhindert werde, und er, ohne dass die Klägerin für einen ungehinderten Abfluss der Niederschlagswässer Sorge trage, keinen massiven Umbau und keine Dachtraufe des (angeblich) bisher provisorisch bestandenen Gartenhäuschens dulden könne. Das Bauamt zu G. habe den Bau dieser Mauer in öffentlicher Beziehung als zulässig und technisch ausführbar erklärt und über die Einwendung des Geklagten: „dass bei dieser Bauausführung der gewohnte Abfluss des Niederschlagswassers von seinem Grund auf den klägerischen Grund verhindert wird“ — den Streit auf den Rechtsweg verwiesen. Nachdem nun dem Geklagten eine Dienstbarkeit der Ableitung des Niederschlagswassers von seinem Garten Cat.-Z. 194 in G. auf den Garten der Klägerin Cat.-Z. 192 in G., insbesondere an der Stelle der Rückwand des bei der Kegelbahn im letzteren Garten befindlichen Gartenhäuschens nicht zustehe, und es der Klägerin selbst auch gar nicht eingefallen sei, sich eine Dienstbarkeit der Ableitung der Dachtraufe von der Dachung dieses klägerischen Gartenhäuschens gegenüber dem Geklagten anzumassen, so werde die Bitte gestellt, dem Geklagten aufzutragen, er habe seine Rechte wider den von der Klägerin vorgehabten Bau einer rückwärtigen Ziegelmauerwand an Stelle der bestehenden Holz-

wand des klägerischen bei der Kegelbahn im Garten Cat.-Z. 192 in G. befindlichen Gartenhäuschens binnen einer zu bestimmenden Frist umso gewisser auszuführen, als ihm sonst das ewige Stillschweigen auferlegt, der Klägerin aber gestattet werde, den Bau dieser Ziegelmauerwand vorzunehmen.

Die I. J. hat die Klage abgewiesen.

Gründe:

In der Einrede führt der Geklagte an, dass seine Gartenparcelle Nr. 194 in G. hügelliges Terrain habe, welches nach der unterhalb derselben gelegenen Gartenparcelle Nr. 192 abfalle, in Folge dessen das sich auf der Gartenparcelle Nr. 194 ansammelnde Niederschlagswasser seinen natürlichen Abfluss nach und über die Gartenparcelle Nr. 192 habe, und dass durch die von der Klägerin beabsichtigte Aufführung der fraglichen Mauer der natürliche Abfluss des Niederschlagswassers von der Grundparcelle Nr. 194 nach und über die Gartenparcelle Nr. 192 geändert und gehemmt werde. Thatsächlich finde dieser natürliche Abfluss auch heute noch theilweise in der Richtung nach und über die Parcelle Nr. 192 und insbesondere auch an jener Stelle statt, wo die Grenze beider Gärten und Grundstücke durch jene Bretterwand gebildet wird, statt welcher die Klägerin die fragliche Ziegelmauer aufzuführen beabsichtige. Durch die an Stelle der bisherigen Bretterwand des klägerischen Gartenhäuschens beabsichtigte Errichtung einer Mauerwand würde aber eine Behinderung und Aenderung des natürlichen Abflusses eines Theiles des Niederschlagswassers des Gartens Cat.-Z. 194 in der Richtung nach Cat.-Z. 192 herbeigeführt, worüber der Beweis durch den gerichtlichen Augenschein, durch Sachverständige angeboten, und sich auf den bereits durchgeführten, im Protocolle vom 26. April 1891 niedergelegten Beweis berufen werde. Mit Recht hat daher Geklagter im Grunde des Wasserrechtsgesetzes vom 28. August 1870, LGB Nr. 71, für Böhmen Verwahrung gegen die Errichtung der Ziegelmauer erhoben. Aus diesen Anführungen ergibt sich nun mit voller Evidenz, dass es keineswegs ein Privatrecht, speciell also ein Servitutsrecht sei, auf Grund dessen der Geklagte die fragliche Bauführung beanständet, sondern dass dessen Einspruch lediglich durch die Besorgniss begründet ist, dass durch die Ausführung des Baues der gewohnte Abfluss des Niederschlagswassers von seinem Grunde auf den der Klägerin verhindert wird, wie dies durch einen massiven Neubau und die Dachtraufe des bisher provisorisch bestandenen Gartenhäuschens in Aussicht genommen werden müsste, und dass sohin durch diesen Bau der bisherige Abfluss der Niederschlagswässer zum Nachtheile seines oberhalb gelegenen Grundstückes gehindert oder gehemmt werden könnte; und dass es daher das im § 11 des Wasserrechtsgesetzes vom 28. August 1870 normirte öffentliche Recht ist, dessen Schutz der Geklagte in Anspruch

nehmen will, zu dessen Wahrung nach § 75 desselben Gesetzes aber die politischen Behörden berufen sind. Ist aber eine derlei Angelegenheit der richterlichen Judicatur überhaupt entzogen, so kann der seitens des Geklagten geltend gemachte Anspruch auch nicht Gegenstand der Berühmung im Sinne des Aufforderungsverfahrens nach §§ 66 und 72 AGO insbesondere sein; Geklagter konnte daher mit Fug geltend machen, dass diesfalls seinerseits eine Berühmung im Sinne der GO nicht stattgefunden habe und war sohin zur Beantwortung der Aufforderungsklage berechtigt, die demnach abgewiesen werden musste. An dieser Sachlage vermag der Umstand, dass mit dem Bauconsense vom 27. Juli 1890, Z. 1656, ausgesprochen wurde, dass der von der Klägerin beabsichtigte Bau in öffentlicher Beziehung zulässig und ausführbar sei, und dass die von dem Geklagten erhobene privatrechtliche Einwendung auf den Rechtsweg verwiesen wird, sowie dass es dessen Sache gewesen wäre, von diesem Standpunkte gegen den Bauconsens die geeigneten Rechtsmittel zu ergreifen, nichts zu ändern, weil durch eine derlei Ueberlassung für den Civilrichter selbstredend nicht die Nothwendigkeit geschaffen werden kann, in einer seiner Judicatur nicht zustehenden Angelegenheit eine meritorische E. zu treffen und für dieselbe der behauptete Rechtsanspruch nur insoferne seiner Beurtheilung zu unterziehen war, als hiermit auszusprechen war, ob sich der Geklagte eines ihm zustehenden Privatrechtes gerühmt habe oder nicht.

Ueber Appellation der Klägerin hat die II. J. diese E. bestätigt und zwar aus folgenden

Gründen:

Auch die Aufforderungsklage nach § 72 AGO ist nur unter der Voraussetzung zulässig, dass sich der Aufgeforderte eines ihm gegen den Aufforderer zustehenden Rechtes gerühmt hat. Eine solche Berühmung kann in diesem Falle nur in solchen bei der zur Prüfung des Bauprojectes angeordneten Localcommission gegen den projectirten Bau erhobenen Einwendungen bestehen, welche sich auf die Privatrechte des die Einwendung erhebenden Anrainers beziehen. Die auf Grund des § 72 AGO überreichte Klage hat daher darzuthun, dass der Geklagte bei der Baucommission Privatrechte geltend gemacht hat, aus welchen er die Befugniss der Untersagung des projectirten Baues ableitet. In der den gegenwärtigen Process einleitenden Klage leitet die Klägerin ihr Klagerecht aus der vom Geklagten bei der Baucommission abgegebenen Erklärung ab, „dass er sich gegen die Einmauerung seines Grundstückes verwahren muss, da den Niederschlagswässern von seinem Garten jeder Abfluss verhindert wird“. In dieser Erklärung hat der Geklagte nicht behauptet, dass die Klägerin ihm gegenüber eine specielle Verpflichtung zur Ableitung der Niederschlagswässer von seinem Garten habe. Es stellt sich daher diese Erklärung, da sie nicht unter Berufung auf eine bestimmte Rechtserwerbung erfolgt ist,

lediglich als eine aus dem § 11 des Ges. vom 28. August 1870, LGB Nr. 71, für Böhmen abgeleitetete Einwendung gegen den beabsichtigten Bau dar. Eine solche Einwendung ist aber keine Einwendung, die sich auf die Privatrechte des Anrainers bezieht. Es ist daher der Fall, in welchem die Baubehörde gemäss § 37 des Ges. vom 8. Februar 1889, LGB Nr. 5, für Böhmen den Streit über die vorgebrachten Einwendungen auf den Rechtsweg zu weisen hat, gar nicht vorhanden gewesen, und wenn dies mit E. des Bürgermeisteramtes vom 27. Juli 1890, Z. 1656, dennoch geschehen ist, so kann dies dem mit der Aufforderungsklage Belangten nicht zum Nachtheile gereichen. Die Aufforderungsklage wurde daher mit Recht als unbegründet abgewiesen.

Der a. o. Revisionsbeschwerde der Klägerin hat der OGH stattzugeben und in Abänderung beider unterrichterlichen U. der Aufforderungsklage stattzugeben befunden; dies aus nachstehenden

Gründen:

Es ist ungerechtfertigt, dass die beiden Untergerichte die Klage der Pauline R. deshalb abgewiesen haben, weil sich der Geklagte Vincenz F. keines ihm gegen Pauline R. zustehenden Privatrechtes berühmt, sondern seinen Einspruch gegen den Bau lediglich auf die Besorgniss gegründet habe, dass durch die Ausführung des Baues der gewohnte bisherige Abfluss der Niederschlagswässer auf den Grund der Klägerin zum Nachtheile seines Grundes verhindert werde, und dass es sich sonach hier um ein im § 11 des Wasserrechtsgesetzes vom 28. August 1870 normirtes öffentliches Recht handelt. Vor Allem soll darauf hingewiesen werden, dass laut des Commissionsprotocolles vom 26. Juli 1890 der Geklagte von einem „natürlichen“ Abflusse der Niederschlagswässer von seinem Gartengrunde in den Garten der Klägerin gar keine Erwähnung that, sondern nur behauptet, dass durch den Bau den Niederschlagswässern von seinem Garten jeder Abfluss verhindert wird, und dass er den vorhabenden Bau nicht dulden werde, wenn die Klägerin nicht für einen ungehinderten Abfluss der Niederschlagswässer Sorge trägt. Aus dem von dem Geklagten selbst vorgelegten gerichtlichen Augenscheinsprotocolle vom 16. April 1891 geht hervor, dass die Parcelle Nr. 194 des Geklagten beiläufig von dem Drittel der Länge der Kegelbahn, von dem Kegelhaus an gerechnet, nach rechts und links (nach Westen und Osten) abdacht. Die erstere Abdachung kommt hier nicht weiter in Betracht, da nach dem gerichtlichen Augenscheine dort die Niederschlagswässer ungehindert abfliessen, und nur letztere den Gegenstand des Streites in Betreff der Abfallwässer bildete. Nach dem gerichtlichen Augenschein geht auf der linken (östlichen) Abdachung des Gefälles von dem oben festgesetzten Punkte (ein Drittel der Länge der Kegelbahn, von dem Kegelhaus an gerechnet) längs der gemauerten Kegelbahn, des hölzernen Kegelhauses, der weiter unten bestehenden Ein-

friedungsmauer, um den Schupfen des Geklagten herum, dann wieder längs der bestehenden Einfriedungsmauer nach der tiefsten Stelle, wo die Wasserleitung des Geklagten durch die Einfriedungsmauer der Klägerin unterirdisch durchgeht. Auf dieser ganzen eben beschriebenen Strecke ist es, mit Ausnahme des hölzernen Häuschens bei der Kegelbahn, den Abfallwässern unmöglich, auf das Grundstück Parcelle Nr. 192 der Klägerin abzufliessen, und bei dem Kegelhäuschen erfolgt ein Abfluss nur deshalb, weil die Bretterwand des Häuschens unten verfault ist, und das Regenwasser sonach durch die Lücken in das Häuschen eindringen und von da in den Garten der Klägerin weiter abfliessen kann. Aus diesem Grunde haben auch die Sachverständigen erklärt, dass dadurch, wenn die verfaulte Bretterwand durch eine Mauer ersetzt wird, dem Geklagten Vincenz F. gar kein Nachtheil zugefügt werden kann. Wenn nun Vincenz F. gegen die Ersetzung der Holzwand durch eine Mauer deshalb protestirt, weil durch dieselbe der Abfall der Niederschlagswässer behindert wird, und wenn er erklärt, den Bau nicht zu dulden, wenn die Klägerin nicht für den ungehinderten Abfluss Sorge trägt, so liegt hierin nach dem Vorangeführten offenbar die Berühmung eines Untersagungsrechtes, welches auf ein Recht begründet werden will, gerade an der Stelle, wo die Mauer errichtet werden soll, die Niederschlagswässer auf den Grund der Klägerin abzuleiten, wobei überdies das Recht betont wird, von der Klägerin zu verlangen, dass sie die zur Ableitung nothwendigen Vorrichtungen herstelle. Bei dieser Sachlage mussten nach Zulass des Hofd. vom 15. Februar 1833, JGS Nr. 2593, die beiden unterrichterlichen U. abgeändert und der Aufforderungsklage der Pauline R. stattgegeben werden.

2743.

Bei der Beurtheilung des Umstandes, ob der Erlös der in executive Pfändung gezogenen Objecte einen die Kosten überschreitenden Erlös ergeben werde, sind nicht nur die bis zum Feilbietungsgesuche abgelaufenen, sondern auch die mit der Durchführung der Feilbietung verbundenen Kosten in Erwägung zu ziehen.

E. v. 26. April 1892, Z. 5083. — (GH 9 ex 92, Seite 77.)

I. KG Olmütz.

II. OLG Brünn.

In der Executionssache des A gegen B pcto. 300 fl. wurde über Requisition des KG Olmütz von der I. J. die executive Pfändung und Schätzung des Mobiliarvermögens des B vollzogen, wobei laut Protocolls vom 26. October 1891 Gegenstände im Gesammtwerthe von 127·45 fl. executiv gepfändet wurden. Hievon wurden einige Gegenstände über Begehren des Exequenten ausgeschieden, bezüglich mehrerer Gegenstände

hat der Exequent in Folge des von B anhängig gemachten Exscindirungsstrittes laut Vergleichsprotocolls vom 18. Jänner 1892, Z. 573, das Eigenthumsrecht der C, Gattin des Executen, anerkannt, so dass nur Gegenstände im Gesammtwerthe von 21·90 fl. exequirbar verblieben.

Die hierauf von A angesuchte Feilbietung unter dem Anbote eines Betrages von 28 fl. für diese Gegenstände wurde von der I. J. nicht nur bewilligt, sondern es wurde auch die bereits vollzogene executive Pfändung und Schätzung der fraglichen Mobilien unter Berufung auf § 4 Exec.-Nov. für rechtsunwirksam erklärt, weil die nach dem Inhalte des Feilbietungsgesuches feilzubietenden Gegenstände einen Gesammtschätzwerth von blos 21·90 fl. haben und mit Ausnahme einer silbernen Remontoiruhr, von welcher übrigens die Nickelkette gleichfalls exscindirt worden ist, zum weitaus grössten Theile aus geringwerthigen Kleidungsstücken bestehen, die erfahrungsgemäss nur um einen niedrigen Kaufschilling verkäuflich sind; weil sohin nicht zu erwarten steht, dass der Erlös für die zu verkaufenden Gegenstände einen Ueberschuss über die Kosten der Execution, welche schon dermalen unter Ausscheidung des Feilbietungsgesuches nahezu 12 fl. betragen, ergeben werde, zumal in der gleichen Rangordnung mit der Forderung des Exequenten per 300 fl. auch noch die Forderung des D per 200 fl. haftet, rücksichtlich welcher gleichfalls Pfändungs- und Schätzungskosten aufgelaufen und demzufolge aus dem Erlöse zu decken sind; weil ferner die im Gesuche enthaltene Erklärung des Bittstellers, dass er die feilzubietenden Effecten selbst um 28 fl. übernehmen wolle, nicht berücksichtigt werden kann und eine rechtsverbindliche Erklärung des Exequenten, dass er die Executionskosten aus Eigenem tragen wolle, nicht vorliegt.

Ueber den Recurs des A hat die II. J. den angefochtenen B. abgeändert und die angesuchte Mobiliarfeilbietung bewilligt; denn wenn es auch richtig ist, dass die nach erfolgter Exscindirung der übrigen executiv gepfändeten und geschätzten Gegenstände durch die Gattin des Executen noch übrig bleibenden feilzubietenden Gegenstände nur einen Gesammtschätzwerth von 21·90 fl. haben, wogegen die bisherigen Kosten in dieser Executionssache bereits 11·65$^1/_2$ fl. betragen, zu welchen noch die auf 4·97 fl. festgesetzten Kosten des Feilbietungsgesuches, dann die Kosten des Vollzuges der Feilbietung zu rechnen sind, so lässt sich doch erwarten, dass der Erlös für die zu verkaufenden Gegenstände einen Ueberschuss über die Kosten dieser Execution ergeben werde, zumal aus den Angaben des Exequenten in dem Feilbietungsgesuche hervorgeht, dass er die gepfändeten und geschätzten und nicht exscindirten Gegenstände auf 28 fl. bewerthe. Die Bestimmungen des § 4 Exec.-Nov. sind daher hier nicht anzuwenden, und es wäre auf die in dem angefochtenen B. erwähnte Forderung des D per 200 fl. auch im Sinne des § 4 des cit. Gesetzes dermal keine Rücksicht zu nehmen, weil dies eine andere Execution betrifft.

Ueber den Recurs des Executen B hat der OGH diese E. abzuändern und den erstrichterlichen B. „aus dessen richtiger, der Actenlage und dem Gesetze entsprechender Begründung und in der Erwägung zu bestätigen befunden, dass in Bezug auf die Anwendbarkeit des § 4 Exec.-Nov. einerseits der durch die gerichtliche Schätzung erhobene Werth der Pfandstücke und andererseits nicht nur die Ziffer der bis zum Feilbietungsgesuche bereits aufgelaufenen Executionskosten, sondern auch die Ziffer jener Kosten in Betracht zu ziehen ist, die mit dem Ansuchen und dem Vollzuge der executiven Feilbietung verbunden sind.

2744.

Bei vertragsmässiger Einschränkung der gesetzlichen Kündigungsfrist auf die ersten acht Tage des Quartals muss die Kündigung, um rechtswirksam zu sein, innerhalb der verkürzten Frist zugestellt sein.

E. v. 27. April 1892, Z. 5150. — (NZ 18 ex 93, Seite 114.)

I. BG Leopoldstadt II.
II. OLG Wien.

Mit der Kündigung de praes. 9. Februar 1892, zugestellt 10. Februar 1892, hatte die Mietherin das Bestandobject vierteljährig gekündet, ungeachtet in § 4 der von ihr unterfertigten Bestätigung ddto. 6. Juni 1889 festgesetzt war, dass als Kündigungsfrist gegenseitig die vierteljährige zu gelten habe, dass aber die Kündigungszeit auf Seite des Miethers auf die ersten acht Tage des gesetzlichen Kündigungstermines beschränkt sei.

Die I. J. erkannte mit dem U. vom 28. Februar 1892, Z. 5104, dass der von dem Vermiether begehrte Rückerlag der Kündigung dann statthabe, wenn der Vermiether den Beweis erbringt, es habe die Hausbesorgerin die Mietherin bei Vorlage der Bestätigung zur Unterfertigung auf die oben angeführte Bestimmung aufmerksam gemacht, und wenn unter dieser Voraussetzung die Mietherin ihre Behauptung, sie habe die zur Unterfertigung ihr vorgelegte Urkunde nicht gelesen, zu erweisen nicht im Stande wäre. Motivirt wurde dieses Erkenntniss folgendermassen:

Wurde dieses Document der Geklagten vorgelegt, ohne sie auf die Bestimmung bezüglich der Wohnungsaufkündigung aufmerksam zu machen. und hat sie dasselbe unterschrieben, ohne es gelesen zu haben, so mangelt ein wesentliches Erforderniss eines giltigen Vertrages: die wahre Einwilligung und dies umsomehr, als die Bestimmung über die Auflösung des Miethverhältnisses einen wesentlichen Bestandtheil des Vertrages selbst bildet. Nachdem nun der Kläger behauptet, die Hausbesorgerin habe die Geklagte auf die fragliche Bestimmung aufmerksam gemacht, so kommt es in erster Linie darauf an, ob dem Kläger der hierüber angebotene Beweis durch den von der Geklagten angenommenen Haupteid gelingt. Bejahendenfalls ist das fragliche Uebereinkommen als durch Unterfertigung

der Beilage B nachträglich zu Stande gekommen anzusehen. Falls aber die Geklagte diesen Eid ablegt, der Kläger somit seine Behauptung nicht erweist, dann obliegt der Geklagten, um ausser Haftung zu sein, noch der Beweis für den von ihr behaupteten Umstand, dass sie die Urkunde B nicht gelesen habe, bevor sie dieselbe unterfertigte. Es war daher auf den der Geklagten zurückgeschobenen Haupteid zu erkennen und das Klagebegehren nur dann abzuweisen, wenn die Geklagte beide Eide ablegt. Die Einwendung der Geklagten, die Kündigung sei auf alle Fälle rechtzeitig erfolgt, weil sie am 8. Februar 1892 beim Gemeindeamt überreicht worden sei, ist nicht zutreffend, weil nach § 5 der kais. Verord. vom 16. November 1858, RGB Nr. 213, für die Wirksamkeit einer gerichtlichen Aufkündigung der Tag der Zustellung und nicht der Tag der Ueberreichung massgebend ist.

Ueber Appellation beider Theile hat die II. J. dem Kündigungsrückerlage unbedingt stattgegeben.

Gründe:

Die Appellation des Klägers richtet sich dagegen, dass seinem Klagebegehren nicht unbedingt Folge gegeben wurde. Diese Appellation erscheint begründet. Denn die Geklagte gibt zu, die Urkunde B vom 6. Juni 1889 eigenhändig unterfertigt zu haben. Ihre Einwendung, diese Urkunde sei für sie nicht bindend, weil sie dieselbe, ohne sie vorher gelesen zu haben, im Vertrauen auf die Angabe der Hausbesorgerin, dass die Schrift nur die Hausordnung enthalte, gefertigt habe, kann nicht berücksichtigt werden. Denn mag nun die mehrerwähnte Schrift als Hausordnung bezeichnet oder deren Inhalt gar nicht angeben worden sein, so war es jedenfalls Sache der Geklagten, die Schrift vor der Unterfertigung zu lesen, um sich von dem Inhalte zu überzeugen. Hat sie dies unterlassen, somit selbst die gewöhnliche Aufmerksamkeit und Sorgfalt nicht beobachtet, so trägt sie an ihrem Irrthume einzig und allein selbst Schuld und es ist daher die Vereinbarung in Ansehung der Einschränkung der Kündigungsfrist gemäss § 876 ABG als aufrecht bestehend anzusehen. Die Geklagte könnte den Bestand dieser Vereinbarung wegen Irrthum nur dann anfechten, wenn sie beweisen könnte, dass sie von der Hausbesorgerin durch positive unrichtige Angaben über den Inhalt der Schrift irregeführt worden sei. Dies hat sie aber nicht einmal behauptet. Selbst wenn die Schrift von der Hausbesorgerin als Hausordnung bezeichnet worden wäre, so ändert dies nichts an der Sachlage, weil auch eine Hausordnung wichtige Bestimmungen zur Ergänzung des Miethvertrages enthalten kann und die Geklagte bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit die Nothwendigkeit erkennen musste, die Schrift vor der Fertigung zu lesen und daher auch die Folgen ihrer Sorglosigkeit zu tragen hat. Es war demnach dem Klagebegehren unbedingt stattzugeben. Was die Appellation der Geklagten betrifft, so

stellt sich dieselbe als nicht stichhältig dar. Dieselbe ist nämlich blos dahin gerichtet, dass das Klagebegehren schon deshalb unbedingt hätte zurückgewiesen werden sollen, weil die Kündigung bereits am 8. Februar 1892, also ohnehin innerhalb der nach der klägerischen Behauptung vereinbarten Kündigungsfrist, erfolgt sei. Die Unrichtigkeit dieser Bahauptung ist in den erstinstanzlichen Gründen dargethan und es ist nur hervorzuheben, dass die Stelle in der Urkunde B, die gerichtliche Kündigung sei auf die ersten acht Tage beschränkt, mit Rücksicht auf Sinn und Zweck dieser Bestimmung nur so verstanden werden kann, dass die Kündigung innerhalb der verkürzten Frist wirksam erfolgen müsse. Zur Wirksamkeit einer Aufkündigung aber gehört nach § 5 des Bestandverfahrens auch die Zustellung.

Der OGH bestätigte das oberlandesgerichtliche Reformaturtheil aus dessen Gründen und in der Erwägung, dass die Unterfertigung einer Urkunde als Erklärung des Einverständnisses mit ihrem Inhalte zu gelten hat und eine rechtsverbindliche Willenserklärung bildet, dass es Demjenigen, der eine Urkunde fertigt, zufällt, sich mit dem Inhalte derselben, dem er sich durch Beisetzung seiner Unterschrift unterwirft, bekannt zu machen, dass die Beilage B weder Hausordnung überschrieben ist, noch sich ihrem Inhalte nach blos als eine solche darstellt, vielmehr alle wesentlichen Vertragsbestimmungen enthält, dass wenn, wie behauptet wird, die Hausmeisterin sich einer nicht zutreffenden Bezeichnung bediente, die Geklagte dadurch nicht der Nothwendigkeit enthoben werden konnte, sich von der Natur des ihr zur Unterschrift vorgelegten Schriftstückes zu überzeugen.

2745.

Vollzug eines auf eidliche Angabe (Manifestationseid) ergangenen Urtheils (§ 220 AGO).

E. v. 3. Mai 1892, Z. 4768. — (GZ 34 ex 92, Seite 269.)

Auf Grund des in der Rechtssache des A wider B wegen eidlicher Angabe des nach der Mutter des B verbliebenen Vermögens ergangenen rechtskräftigen U., laut welchem B schuldig erkannt wurde, Alles, was ihm von dem Vermögen nach seiner verstorbenen Mutter bekannt ist, dem Gerichte anzugeben und diese seine Angaben durch den Eid zu bestärken, — hat B unter Anschluss einer Eidesformel den Manifestationseid angetreten und wurde zur Eidesabnahme eine Tagfahrt bestimmt.

Ueber Recurs des Klägers hat das OLG den obigen B. aufgehoben und verordnet, dass eine Tagfahrt zur Vernehmung der Streittheile zu bestimmen und erst nach Abhaltung derselben die Eidesformel festzustellen sei. Bei dieser Tagfahrt hat Kläger eine neue Eidesformel vorgelegt, während Belangter auf der Ablegung des Eides nach seiner Formel be-

harrte. Mit B. vom 8. Jänner 1892, Z. 201, hat die I. J. den vom Belangten abzulegenden Eid festgestellt. Ueber Recurs des Klägers hat das OLG den Manifestationseid abgeändert und einen neuen Eidessatz formulirt.

Ueber Revisionsrecurs des Belangten hat der OGH beide untergerichtlichen E. abgeändert und der I. J. aufgetragen, über das erste Gesuch des Belangten eine Tagfahrt anzuordnen, bei dieser dessen Angaben über Das, was ihm vom Vermögen nach seiner verstorbenen Mutter bekannt ist, protocollarisch aufzunehmen und von ihm den Eid darüber abzunehmen, dass seine Angaben richtig sind. Denn nach dem rechtskräftigen U. hat der Belangte Alles, was ihm von dem Vermögen nach seiner Mutter bekannt ist, dem Gerichte anzugeben und diese seine Aussagen durch den Eid zu bestärken. Es handelt sich sonach nur um Vollziehung dieses U., und bleiben jene Angaben, welche der Belangte im Manifestations-Processe oder in der Vlfts.-Abhandlung gemacht hat, ausser Betracht, da der Geklagte nach dem U. die Angaben erst zu machen hat, deren Richtigkeit von ihm zu beschwören ist. Daraus ergibt sich, dass der Inhalt dieser Angaben den Gegenstand einer Verhandlung und richterlichen E. gar nicht mehr abgeben könne, zumal es dem Belangten nach dem bezogenen U. überlassen bleiben muss, ohne weitere Ingerenz des Processgegners alles Dasjenige anzugeben, was ihm von der Existenz eines Vermögens nach seiner verstorbenen Mutter bekannt ist, und die Richtigkeit dessen unter den gesetzlichen Folgen einer unwahren Angabe zu beschwören. Die untergerichtlichen E. entsprechen daher nicht dem Gesetze, und war mit Abänderung derselben die Sache in die gesetzliche Ordnung zu leiten.

2746.

Erst in Hinkunft fällige Alimentationsraten sind nicht exequirbar (§§ 399 und 401 wg. GO).

E. v. 3. Mai 1892, Z. 5175. — (Przegl. III ex 93, Seite 65.)
I. KG Złoczow.
II. OLG Lemberg.

Im Processe der A wider ihren Gatten B auf Scheidung von Tisch und Bett und Alimentation war B rechtskräftig verhalten worden, der A bis zur Fällung eines anderartigen gerichtlichen Spruches, vom 1. August 1890 an beginnend, eine Alimentation per 15 fl. allmonatlich im Vorhinein und zwar für die Vergangenheit binnen 14 Tagen, in Hinkunft aber an jedem ersten Monatstage bei Executionsfolgen zu bezahlen.

Am 4. December 1891 schritt nun A um Execution auf den Gehalt des B behufs Hereinbringung der seit 1. August 1890 bis Ende November 1891 verfallenen Alimentationsraten im Gesammtbetrage per 225 fl., dann der weiteren vom 1. December 1891 an laufenden Raten ein, welchem Begehren die I. J. willfahrte.

Ueber diesfälligen Recurs des B betreff der in Hinkunft fälligen Raten hat die II. J. unter Unberührtlassung des übrigen Inhaltes des B. das angefochtene Begehren der A als vorzeitig abgewiesen, mit Dem, dass B die Recurskosten aus Eigenem zu tragen habe, und dies in der Erwägung, dass laut §§ 399 und 341 wg. GO der Gläubiger ein Executionsrecht erst im Momente des Ablaufes der dem Schuldner gemäss U. oder Vergleiches bestimmten Zahlungsfrist erlangt, wenn diese Frist erfolglos verstrichen ist; im vorliegenden Falle handelt es sich jedoch um Alimentationsraten, deren Verfallstermin noch nicht eintrat, und es war daher das Ansuchen um Execution jedenfalls als verfrüht zu beheben. Die Recurskosten hat jedoch B deshalb allein zu tragen, weil kein contradictorisches Verfahren der E. I. J. vorausging.

Der OGH bestätigte die E. II. J. als in der Vorschrift des § 401 wg. GO begründet.

2747.

Dem im Stritte pcto. Gemeinschaftsaufhebung obsiegenden Miteigenthümer gebühren keine Kosten für die Intervention bei der Abschätzung.

Cassations-E. v. 3. Mai 1892, Z. 5426. — (Práv. XVI ex 92, Seite 562.)

I. BG Sedlčany.
II. OLG Prag.

Nachdem im Stritte der A gegen den B pcto. Gemeinschaftsaufhebung der OGH der Klage kostenfällig stattgegeben hatte, begehrte B die Vornahme der gerichtlichen Abschätzung der ehedem gemeinschaftlichen Sache, zu welchem Behufe ein Termin anberaumt wurde, bei welchem die A mit ihrem Vertreter erschien und den Ersatz der Kosten für die Intervention begehrte, während die Kosten der Commission und die Gebühren der Sachverständigen von B sofort aus Eigenem berichtigt wurden.

Hievon hat sohin die I. J. beide Theile mit Dem verständigt, dass B auch die liquidirten Interventionskosten der A zu ersetzen habe; der dagegen ergriffene Recurs des B wurde von der II. J. verworfen, weil Recurrent in dem vorhergegangenen Stritte pcto. Gemeinschaftsaufhebung kostenfällig unterlegen ist, daher auch die Kosten der sohinigen Abschätzung als des Vorschrittes zur öffentlichen Feilbietung selbst tragen muss, und an dieser Verpflichtung dadurch nichts geändert wird, dass B selbst um die freiwillige Abschätzung einschritt, weil er andernfalls hiezu seitens der A im Executionswege verhalten werden konnte. Da nun die Intervenirung der A und ihres Rechtsfreundes bei dem Schätzungsacte sich als zur Rechtsdurchsetzung zweckdienlich erwies, um den Sachverständigen die erforderlichen Erinnerungen zu machen, zu deren Stellung beide Parteien nach § 195 AGO berechtigt sind, so waren auch diese Kosten dem B,

als dem im Stritte pcto. Gemeinschaftsaufhebung gänzlich unterlegenen Streittheile, nach § 24 Proc.-Nov. aufzuerlegen.

Ueber a. o. Revisionsrecurs des B hat der OGH unter Behebung der gleichlautenden E. der Untergerichte im Grunde des § 19 des kais. Pat. vom 9. August 1854, RGB Nr. 208, das Begehren der A wegen Ersatzes der besagten Intervenirungskosten abgewiesen, weil bezüglich der Durchführung der wenngleich urtheilsmässig bewilligten Aufhebung einer vordem gemeinschaftlichen Sache nicht die Vorschriften des executiven, sondern des ausserstreitigen Verfahrens Geltung haben, im Verfahren ausser Streit jedoch ein Anspruch auf Kostenersatz im Grunde der §§ 24 und 26 der Proc.-Nov. nicht gebührt und ein Anspruch auf Kostenersatz aus dem Umstande nicht abgeleitet werden kann, dass die A berechtigt war, bei der Abschätzung zu interveniren, um den Sachverständigen ihre Erinnerungen zu machen.

2748.

Der vom Belangten herangezogene Vertretungsleister ist ungeachtet seines Beitrittes zum Streite selbst nicht Streittheil und daher nicht kostenpflichtig.

E. v. 3. Mai 1892, Z. 5489. — (Przegl. VIII ex 92, Seite 232.)
I. BG Czortkow.
II. OLG Lemberg.

Im Stritte des A wider B wegen Störung im Besitze der Realität x verständigte B den C von der eingebrachten Klage, worauf C im Processe an Seite des B sich anschloss.

In I. J. wurde dem Klagebegehren stattgegeben, wie es ursprünglich formulirt war; allein über den Recurs des A wurde diese E. seitens der II. J. dahin abgeändert, dass B und der beigetretene Vertretungsleister C, welcher im Sinne des § 50 wg. GO als Streitgenosse anzusehen ist, der Störung schuldig erkannt werden.

Der OGH stellte in dem besagten Punkte die E. I. J. wieder her, denn der Umstand, dass C über die Streitverkündigung seitens des B dem Processe als freiwilliger Vertretungsleister sich anschloss und an dessen Durchführung theilnahm, ist nicht geeignet, den ihm gesetzlich zukommenden Standpunkt als Vertretungsleister des B zum Vortheile des Klägers zu beseitigen und ihn unbedingt zum Mitbelangten, also zum Streittheil zu stempeln. Derselbe ist ja nicht im eigenen Namen im Processe aufgetreten und konnte dies schon deshalb nicht thun, weil er von dem Kläger nicht mitbelangt wurde, und auch das Klagebegehren im Zuge des Streitverfahrens auf ihn nicht ausgedehnt wurde, daher dem Kläger gegenüber in ein Processualverhältniss nicht eingetreten ist, zumal das zwischen ihm und dem B aus dem Titel der Gewährleistung bestehende Verhältniss die

Processrechte des A durchaus nicht berührt. Es war daher die E. II. J. insofern, kraft derselben auch C als Mitbelangter anerkannt und kostenfällig verurtheilt wurde, abzuändern, weil der Vertretungsleister kein Streittheil und daher zum Gerichtskostenersatz nicht verpflichtet ist (§§ 24—26 Proc.-Nov.).

2749.

Die Vorschrift des § 1432 ABG findet auch auf ein ohne vorherige Errichtung eines Notariatsactes übergebenes Heiratsgut Anwendung.

E v. 4. Mai 1892, Z. 4896. — (GZ 35 ex 92, Seite 279.)

Die klagenden Eheleute A und B hatten im Jahre 1882 bei der Verheiratung ihrer Tochter C mit D denselben in ihrem Hause ein Zimmer und einen Gartengrund zur unentgeltlichen Benützung angeblich auf zwei Jahre übergeben, und begehren nach Ablauf dieser Frist von den Eheleuten C und D die Rückstellung dieser Objecte. Die Geklagten wenden ein, dass die von ihnen zugestandene Uebergabe nicht blos auf zwei Jahre zum Fruchtgenusse, sondern auf immer in's Eigenthum erfolgt sei. Drei einvernommene Zeugen bestätigen eidlich, dass die Kläger die gedachten Streitobjecte anfänglich blos zum Fruchtgenusse auf zwei Jahre übergeben wollten, dass aber, als der Zweitgeklagte D, als Bräutigam der C, Tochter der Kläger, darauf nicht eingehen und von der Heirat zurücktreten wollte, die Kläger diese Objecte den Geklagten auf immer in's Eigenthum abgetreten haben.

Beide unteren Instanzen erkannten nach dem Klagebegehren, weil die Belangten bei Abgang des nach dem Gesetze vom 25. Juli 1871, RGB Nr. 76, zur Giltigkeit eines Vertrages über das Heiratsgut erforderlichen Notariatsactes zur Rückstellung der Streitobjecte verpflichtet seien.

Der OGH hat unter Abänderung beider untergerichtlichen U. das Klagebegehren abgewiesen aus folgenden

Gründen:

Nach dem Beweisergebnisse stellt sich der Streitgegenstand als ein Heiratsgut dar, welches die Kläger als Eltern in Erfüllung der im § 1220 ABG begründeten Pflicht ihrer Tochter übergeben haben. Es handelt sich demnach hier nicht um die Erfüllung eines Heiratsgutsversprechens oder um Ansprüche aus Ehepacten, die allerdings nach dem Geiste des bezogenen Gesetzes nur auf einen Notariatsact gestützt werden können, sondern um die Rückstellung des Geleisteten wegen Mangels der gesetzlichen Förmlichkeiten des Rechtsgeschäftes. Durch das bezogene Gesetz vom 25. Juli 1871 wird die Giltigkeit der darin bezeichneten Verträge und Rechtshandlungen von der Errichtung eines Notariatsactes abhängig gemacht, es ist aber die Uebergabe des Heiratsgutes ohne vor-

gängige Aufnahme eines solchen Actes nicht als eine schon an sich ungiltige Rechtshandlung erklärt; der Klageanspruch ist daher nach § 1432 ABG zu beurtheilen, wonach die Zahlung einer Schuld, welche nur aus Mangel der Förmlichkeiten ungiltig ist, nicht rückgängig gemacht werden kann, und ist die Uebergabe eines Heiratsgutes auf Grund eines ohne Notariatsact geleisteten Versprechens als Zahlung einer solchen Schuld aufzufassen.

2750.

Zulässigkeit der curatelsbehördlichen Genehmigung des Einschreitens des auf Todesfall Versicherten wegen Umschreibung der ursprünglich zum Vortheil einer minderjährigen Person lautenden Begünstigungsclausel.

E. v. 4. Mai 1892, Z. 5591. — (JB 36 ex 92, Seite 433.)

Die I. J. hat dem von Wilhelm N. gestellten Ansuchen um curatelsbehördliche Genehmigung der Umschreibung der Begünstigungsclausel in der auf seinen Todesfall lautenden Lebensversicherungs-Police Nr. 66781 der Versicherungsgesellschaft „Gresham“ über 5000 fl. von der minderjährigen Tochter desselben Anna N. auf dessen Gattin Louise N. nicht stattgegeben, und zwar aus dem Grunde, weil durch diese Umschreibung Rechte der Minderjährigen ohne Grund hintangegeben werden würden; denn gesetzt den Fall, der versicherte Einschreiter würde am Tage der Umschreibung sterben, so müsste die Auszahlung der Versicherungssumme per 5000 fl. statt zu Handen der Minderjährigen, zu Handen der neu vorgeschriebenen Person erfolgen, wodurch doch jedenfalls die Minderjährige um 5000 fl. geschädigt werden würde.

Den Recurs des Wilhelm N. hat die II. J. abgewiesen, weil durch den zwischen dem Recurrenten und der Versicherungsgesellschaft „Gresham“ abgeschlossenen Versicherungsvertrag der minderjährigen Tochter des Recurrenten Anna N. für den Fall des Eintrittes der im Vertrage festgesetzten Bedingung ein Vortheil, nämlich die Auszahlung der Versicherungssumme versprochen wurde, die Annahme dieses Versprechens nach der Natur des Versicherungsvertrages nicht erforderlich ist, übrigens auch der Annahmeact darin gelegen ist, dass Recurrent, indem er den Vermögensvortheil für seine Tochter constituirte, zugleich wegen ihrer Minderjährigkeit als ihr gesetzlicher Vertreter handelte und ihren Annahmewillen substituirte, der Vermögensvortheil durch die Umschreibung der Person des Begünstigten aufgegeben wird, die minderjährige Anna N. Trägerin der aus dem Vertrage fliessenden Rechte ist und auch als Eigenthümerin der Police angesehen werden muss, daher das Aufgeben der aus dem Vertrage für die Curandin fliessenden Rechte die Curatelsbehörde mit Recht versagt hat.

Dem a. o. Revisionsrecurse des Wilhelm N. hat der OGH stattzugeben und die beiden angefochtenen untergerichtlichen E. dahin abzuändern befunden, dass dem Wilhelm N. die curatelsbehördliche Bewilligung zur Umschreibung der Begünstigungsclausel in der Police Nr. 66781 der Versicherungsgesellschaft „Gresham“ von der minderjährigen Tochter desselben Anna N. auf dessen Gattin Louise N. ertheilt wird, und dies in Erwägung, dass die Versicherung auf den Todesfall des Recurrenten als Versicherten lautet, daher der durch die Police documentirte Versicherungsvertrag während der Lebensdauer des Versicherten nur das Rechtsverhältniss zwischen diesem und der Versicherungsgesellschaft betrifft, hieraus die darin als Begünstigte, an welche beim Tode des Versicherten die Versicherungssumme zahlbar ist, bezeichnete minderjährige Tochter Anna derzeit ein Recht nicht erworben hat, dem Versicherten sonach bis zu seinem Tode freisteht, eine andere Person als die Begünstigte zu bestimmen, gleichwie ihm freisteht, durch Nichtzahlung der Jahresprämien den Vertrag erlöschen zu lassen, diesem nach ein gesetzlicher Grund nicht besteht, die von der Generalagentur des „Gresham“ laut des Schreibens vom 27. Jänner 1892 als Bedingung zu der von dem Versicherten begehrten Umschreibung der Begünstigungsclausel gestellte curatelsbehördliche Einwilligung zu versagen und deshalb in den untergerichtlichen, diese Einwilligung verweigernden Erledigungen eine offenbare Ungerechtigkeit gelegen ist, welche zu deren Abänderung auffordert.

2751.

Eine dem Kläger wider den Erstgeklagten rechtskräftig zuerkannte Forderung ist keine annehmliche Sicherheit für die Gerichtskosten der Mitgeklagten im Sinne des § 406 AGO.

E. v. 5. Mai 1892, Z. 5264. — (GZ 30 ex 92, Seite 240.)
I. LG Wien.
II. OLG Wien.

In der Rechtssache des A gegen B, C und D wegen Anfechtung einer Verzichterklärung hat der erste Richter die dem Kläger wider den Erstgeklagten B rechtskräftig zuerkannte und executionsfähige Forderung per 193 Mark als annehmliche Sicherheit für die Gerichtskosten des anhängig gemachten Anfechtungsprocesses nicht anerkannt, da der § 406 AGO vom Kläger die Bestellung einer annehmlichen Sicherheit für die Gerichtskosten verlangt und eine solche im Bestande einer nothleidenden, seit mindestens 10 Jahren ausständigen Forderung des Klägers an den Erstgeklagten — wegen welcher bereits Execution geführt wurde — nicht erblickt werden kann.

Das OLG hat mit Abänderung dieses Bescheides ausgesprochen, dass die Bestellung der erwähnten Forderung als actorische Caution im Anfechtungsprocesse als eine annehmliche Sicherheit für die Gerichtskosten

im Sinne des § 406 AGO angesehen werden müsse, weil lediglich nur der Erstgeklagte B das Begehren auf Leistung einer actorischen Caution gestellt hat, diesem gegenüber aber die oberwähnte Forderung zweifellos als genügende Sicherstellung gilt, da sie einer etwa demselben in diesem Anfechtungsprocesse zugesprochenen Kostenersatzforderung, gemäss § 1438 ABG, jederzeit compensando entgegengesetzt werden kann.

Der OGH hat dem Revisionsrecurse des C und D Folge gegeben und den erstrichterlichen B. wieder hergestellt, weil das Begehren um Leistung einer actorischen Caution vom Erstgeklagten B auch im Interesse seiner von ihrem Curator vertretenen Mitgeklagten C und D gestellt wurde und weil, abgesehen davon, dass mangels eines Cautions-Vinculum mit dem blossen Erlage des Urtheiles eine Sicherstellung für die Gerichtskosten der Geklagten überhaupt nicht für geleistet erklärt werden könnte, die fragliche klägerische Forderung an den Erstgeklagten für die Mitgeklagten überhaupt, eine Sicherstellung für deren Gerichtskosten zu bieten, nicht geeignet erscheint.

2752.

Der im Stande der Minderjährigkeit verstorbene, ausserehelich geborene Erblasser ist betreff der Gebührenbemessung als dem Wohnsitze seiner unehelichen Mutter folgend anzusehen.

E. v. 5. Mai 1892, Z. 4666. — (NZ 7 ex 93, Seite 46.)

I. LG Wien.
II. OLG Wien.

In der Abhandlung der caducen Verlassenschaft nach dem am 29. Jänner 1883 in Przemysl im 19. Lebensjahre verstorbenen A., einem ausserehelichen Sohne der am 29. August 1882 in Wien verstorbenen und daselbst wohnhaft gewesenen B, hat das LG in Wien über die gepflogene Einvernehmung der Vertreter des niederösterreichischen Landesschulfonds und des allgemeinen Versorgungsfonds und über den von der niederösterreichischen Finanzprocuratur in Vertretung des Caducitätsärars ausgewiesenen Verzicht der niederösterreichischen Statthalterei auf die Entrichtung der Gebühr zum Krankenhausfonde von dem reinen Nachlasse per 6125 fl., in dem nach Ausscheidung des in Lemberg gelegenen unbeweglichen Vermögens per 326·46 fl. verbleibenden Betrage per 5799·20 fl. die Gebühr zum niederösterreichischen Landesschulfonde mit 25·65 fl., dann jene zum allgemeinen Versorgungsfonde in Wien mit 57·99 fl. bemessen und die Berichtigung dieser Gebühren binnen 30 Tagen der niederösterreichischen Finanzprocuratur in Vertretung des Caducitätsärars aufgetragen; in der Erwägung, dass in Ansehung der Gebühr zum niederösterreichischen Landesschulfonde gemäss § 1 des Gesetzes vom 18. December 1871, LGB Nr. 1, ex 1872, für die Bemessung dieser Gebühr

schon allein die Thatsache der hiergerichts kraft der Zuständigkeitscompetenz anhängigen Abhandlung des Nachlasses massgebend ist, in Ansehung der Gebühr zum allgemeinen Versorgungsfonde aber dessen Anspruch auf die Nachlassgebühr zwar den ordentlichen Wohnsitz des Erblassers in Wien zur Voraussetzung hat, Wien insoferne als der ordentliche Wohnsitz des Erblassers angesehen werden muss, als derselbe als minderjährig keinen selbstständigen ordentlichen Wohnsitz erwerben konnte, sondern gemäss § 21 JN seiner am 29. August 1882 in Wien verstorbenen und eben daselbst wohnhaft gewesenen ausserehelichen Mutter B folgte.

Dem Recurse der niederösterreichischen Finanzprocuratur in Vertretung des Caducärars hat die II. J. keine Folge gegeben und den angefochtenen Bescheid bestätigt, weil gemäss § 21 JN die unehelicheu Kinder in Ansehung des Gerichtsstandes den Wohnsitz der Mutter theilen, Minderjährige aber einen selbstständigen Wohnsitz im Sinne des § 16 JN nicht erwerben können; weil die am 29. August 1882 verstorbene B, die aussereheliche Mutter des am 29. Jänner 1883 zu Przemysl im 19. Lebensjahre verstorbenen Erblassers A, ihren ordentlichen Wohnsitz in Wien hatte, daher ungeachtet des Umstandes, dass Letzterer durch mehrere Jahre in Przemysl als Lehrling bedienstet war, und dass das städt.-deleg. BG in Przemysl als dessen Vormundschaftsbehörde fungirt hat, Wien als letzter ordentlicher Wohnsitz des Erblassers anzusehen ist; weil lediglich aus diesem Grunde gemäss §§ 77 und 78 JN die Verlassenschaftsabhandlung gepflogen wurde; weil daher gemäss § 694 ABG, § 1 des niederösterreichischen Landesgesetzes vom 18. December 1871, LGB Nr. 1 ex 1872, dann gemäss der Hofd. vom 30. August 1806, JGS Nr. 782, und vom 22. Juni 1821, JGS Nr. 1770, sowie des Ministerialerlasses vom 7. Februar 1849, RGB Nr. 121, die Verlassenschaft des A allerdings zur Entrichtung der Gebühren zum niederösterreichischen Schulfonde und zum allgemeinen Versorgungsfonde in Wien verpflichtet erscheint.

Den a. o. Revisionsrecurs der niederösterreichischen Finanzprocuratur in Vertretung des Caducitätsärars hat der OGH wegen Abganges der Voraussetzungen, unter welchen nach § 16 des Abh. Pat. die Abänderung gleichförmiger E. der Untergerichte statthaft erscheint, zurückzuweisen befunden.

2753.

Der Curator eines Verschollenen ist zum Ansuchen wegen Einleitung des Verfahrens behufs Todeserklärung seines Curanden nicht legitimirt.

E. v. 5. Mai 1892, Z. 5266. — (JB 25 ex 92, Seite 301.)
I. LG Wien.
II. OLG Wien.

Mit dem Gesuche de praes. 28. Jänner 1892 Z. 7743 schritt der gerichtlich bestellte Curator des verschollenen, zuletzt in Sechshaus wohn-

haft gewesenen A um Einleitung der Todeserklärung dieses seinen Curanden ein, nachdem ihm von dem BG Sechshaus als Curatelsgericht die Legitimation zu diesem Einschreiten ertheilt worden war.

Die I. J. hat diesem Gesuche keine Folge gegeben, weil der Bittsteller als Curator des verschollenen A ungeachtet der Legitimation des BG in Sechshaus zum Ansuchen um Todeserklärung nicht berechtigt erscheint, da er als Curator die Interessen seines Curanden zu vertreten hat, dieser Aufgabe jedoch das Gesuch um Todeserklärung mit Rücksicht auf deren Consequenzen widerstreitet.

Dem Recurse des Curators hat die II. J. keine Folge gegeben, weil der gemäss der §§ 21, 270 und 276 ABG für einen Abwesenden bestellte Curator im Hinblick auf die Bestimmungen der §§ 282 und 188 ibid. für die Verwaltung des Vermögens des Curanden und für dessen Person zu sorgen hat, und zwar letzteres, insoferne als er denselben auch in nicht vermögensrechtlichen Angelegenheiten zu vertreten, seinen Aufenthalt zu erforschen und ihn vor jedem Eingriffe in dessen Rechtssphäre zu schützen verpflichtet ist, weil daher das von dem Einschreiter, wenn auch mit curatelsbehördlicher Genehmigung gestellte Begehren um Todeserklärung seines Curanden den ihm als Curator obliegenden Pflichten direct widerstreitet. Dagegen brachte der Curator den a. o. Revisionsrecurs ein und machte in demselben besonders geltend, dass die §§ 24 und 277 ABG und das Gesetz vom 16. Februar 1883, RGB Nr. 20, Jedermann zum Einschreiten um Todeserklärung ermächtigen, dass eine Pflichtencollision durch das Einschreiten des Curators um Todeserklärung seines Curanden nicht begründet (§ 6 des Gesetzes vom 16. Februar 1883, RGB Nr. 20), wird, und dass ihm die Curatelsbehörde die Legitimation zu dem Einschreiten ertheilt habe.

Der OGH hat diesem a. o. Revisionsrecurse wegen Abganges der Voraussetzungen, unter welchen nach § 16 des Abh. Pat. die Abänderung gleichförmiger Entscheidungen der Untergerichte zulässig erscheint, keine Folge zu geben befunden.

2754.

Gegen eine gleichzeitig bei zwei verschiedenen Gerichten eingebrachte Klage kann die Einwendung der Litispendenz vor beiden Gerichten erhoben werden.

E. v. 5. Mai 1892, Z. 11276. — (GH 42 ex 92, Seite 354.)
I. KG Pilsen.
II. OLG Prag.

Der gewesene Meierhofspächter A belangte den B und C auf Zahlung einer bei Auflösung des Pachtvertrages vereinbarten Entschädigung von 2705·50 fl. für geleisteten Mehranbau vor dem BG Manetin als dem Be-

standgerichte und gleichzeitig an demselben Tage vor dem KG Pilsen als dem persönlichen Gerichtsstande der Geklagten, Besitzer eines landtäflichen Gutes.

Bei der nach der Verordnung vom 16. November 1858, Z. 213 RGB, vor dem BG Manetin auf den 13. Juli 1891 angeordneten Tagfahrt erhoben die Geklagten in formali die Einwendung der Litispendenz und Incompetenz und erstatteten sohin die Einrede in der Sache selbst.

Mit Gesuch de praes. 15. Juli 1891, Z. 10.243 civ., machten die Geklagten auch dem KG Pilsen dieselben Einwendungen gegen die bei diesem Gerichte überreichte schriftliche Klage geltend.

Das KG Pilsen gab beiden Einwendungen statt. Die II. J. wies die Klage nur wegen Litispendenz ab.

In der a. o. Revisionsbeschwerde machte der Kläger geltend, dass die Einwendung der Litispendenz schon dadurch consumirt sei, dass die Geklagten von derselben bei der Tagfahrt am 13. Juli 1891, also zwei Tage vor Ueberreichung der vorliegenden Einwendungen bei dem Manetiner Gerichte, Gebrauch gemacht hatten.

Der OGH bestätigte das U. der II. J. in der Erwägung, dass der Kläger zugestandenermassen an demselben Tage die gleiche Streitsache gegen die Geklagten sowohl bei dem KG in Pilsen als auch bei dem BG in Manetin anhängig gemacht hat, dieselbe bei dem letztgenannten Gerichte sich im Zuge der Verhandlung befindet, der § 40 AGO die Zulässigkeit der Einwendung der anhängigen Streitsache nicht davon abhängig macht, dass dieselbe noch nicht bei dem anderen Gerichte angebracht wurde, endlich jenes Gericht, welches früher in die Lage kommt, über diese Einwendung zu entscheiden, auch die Grundhältigkeit derselben selbständig zu prüfen hat.

2755.

Dem Contumazbegehren der zur Fortsetzung der Streitverhandlung allein erschienenen Processpartei ist nicht Folge zu geben, wenn dieselbe hiebei neue Thatsachen angeführt hat.

E. v. 10. Mai 1892, Z. 5538. — (GZ 35 ex 92, Seite 279.)

Im Rechtsstreite des A gegen B ist bei der zur Fortsetzung der Verhandlung angeordneten Tagfahrt nur der Kläger erschienen, welcher in seiner Replik relevante neue Umstände, die eigentlich ihrem Wesen nach einen Klagsnachtrag bilden, angeführt und Beweise angeboten, sowie zum Schlusse das Contumazbegehren gestellt hat.

Die I. J. hat diesem Begehren keine Folge gegeben und zur Beantwortung der Replik eine neue Tagfahrt angeordnet, weil von den angeführten Neuerungen die Geklagte B noch keine Kenntniss hatte.

Das OLG hat in Stattgebung des klägerischen Recurses den erstrichterlichen B. behoben und dem ersten Richter verordnet, in die materielle E. einzugehen, weil im Falle, als der Beklagte oder der Kläger bei der Tagsatzung nicht erscheint, das Gericht nach der Vorschrift des § 18 Summ.-Verf. vorzugehen hat, vorliegend also, wo die Tagsatzung zur Erstattung der Replik angeordnet war, auch die ebenda für den Fall des Ausbleibens des Klägers, beziehungsweise für die Beurtheilung der von dem erschienenen Theile bei der Tagsatzung vorgebrachten Thatsachen gegebene Vorschrift analog anzuwenden kommt.

Der OGH hat über den Revisionsrecurs der Geklagten den erstrichterlichen B. wieder hergestellt; denn aus dem Begriffe des Processes und der in demselben gebotenen Anhörung beider Theile ergibt sich, dass jede Partei nur in Ansehung solcher vom Gegner angeführter Thatumstände die Contumazfolgen treffen können, welche zu ihrer Kenntniss gebracht worden sind, und welche sie zu beantworten Gelegenheit hatte; — so ordnet § 29 AGO an, dass, falls bei der Tagsatzung ein Theil ausbliebe, dem erscheinenden in Betreff des Factums, soweit es den Gegenstand der Klage nicht überschreitet, voller Glaube beigemessen werden soll, und die § 36, 46 und 52 AGO setzen voraus, dass die Klage, beziehungsweise Replik und Duplik, dem Processgegner zugestellt worden sind; — und wenn § 18 Summ.-Verf. blos den Fall im Auge hat, wo der Kläger bei der über die Klage angeordneten Tagsatzung nicht erscheint, es sich also um die Contumaz des Klägers handelt, so müssen da, wo es sich um die Contumaz im weiteren Verlaufe des Verfahrens handelt, gemäss § 7 Summ.-Verf. die über das gerichtliche Verfahren im Allgemeinen ertheilten Vorschriften, mithin auch der oben ausgedrückte Grundsatz zur Anwendung kommen, und geht es nicht an, den § 18 Summ.-Verf. auf den vorliegenden Fall analog anzuwenden. Da nun der Kläger in der Replik vorliegend thatsächlich neue Umstände vorgebracht hat, welche möglicherweise sogar eine Aenderung des Klagegrundes enthalten, kann von einer Contumaz der Geklagten in Bezug auf diese Umstände keine Rede sein, und war es gerechtfertigt, wenn der erste Richter zur Beantwortung derselben eine neue Tagfahrt angeordnet hat.

2756.

Das Begehren um Erlag einer Klagscaution widerstreitet dem Zwecke und der Natur des wechselrechtlichen Verfahrens (§ 406 AGO).

E. v. 10. Mai 1892, Z. 5539. — (GZ 44 ex 92, Seite 350.)
I. KG a. HG Reichenberg.
II. OLG Prag.

Das Begehren des auf Zahlung einer Wechselsumme von 500 fl. geklagten B, den Kläger A, welcher sich zu einer Klagscaution erboten

hat, zum Erlage einer solchen in der Höhe von 100 fl. zu verhalten, wurde in I. J. als unstatthaft zurückgewiesen, weil der Erlag der Klagscaution im Wechselverfahren der Natur des durch die JMV vom 25. Jänner 1850, RGB Nr. 52, speciell normirten wechselrechtlichen Verfahrens widerstreitet.

Die II. J. hat den dagegen eingebrachten Recurs des B abgewiesen, weil es mit der Natur einer Mandatsklage, über welche dem Geklagten auferlegt wird, binnen drei Tagen zu zahlen oder seine Einwendungen einzubringen, unvereinbar ist, dass die Bestimmungen über die Klagscaution Anwendung finden, und hieran selbst der Umstand, dass Kläger sich zum Erlage einer solchen Caution erbietet, nichts ändern kann.

Der OGH hat dem a. o. Revisionsrecurse des B wegen Abganges der Voraussetzungen des Hofd. vom 15. Februar 1833, JGS Nr. 2593, keine Folge gegeben, weil die JMV vom 25. Jänner 1850, RGB Nr. 52, wie aus dem Eingange derselben zu entnehmen ist, den Zweck hat, das Verfahren in Wechselsachen möglichst zu vereinfachen und zu beschleunigen, somit das Begehren des Recurrenten um Verhaltung des Klägers zum Erlage einer Klagscaution dem Zwecke und der Natur des durch das obcitirte Specialgesetz normirten wechselgerichtlichen Verfahrens widerstreitet.

2757.

Die von Seite des Klägers erfolgte Anzeige, dass er die Klage zurückziehe, berechtigt das Gericht zu dem Ausspruche, dass die von dem Kläger eingebrachte Appellationsbeschwerde als gegenstandslos nicht vorgelegt wird.

E. v. 10. Mai 1892, Z. 5662. — (GH 35 ex 92, Seite 298.)

In der mündlich verhandelten Rechtssache des A gegen B pcto. 787·13 fl. hat der Kläger A angezeigt, dass er sich mit dem Geklagten B aussergerichtlich verglichen habe und deshalb seine Klage gegen denselben zurückziehe.

Die I. J. hat diese Anzeige zur Kenntniss genommen und den Gegentheil hievon mit dem Beifügen verständigt, dass wegen des erfolgten Ausgleiches und der Zurücknahme der Klage die von dem Geklagten überreichte Appellation, als folgerichtig gegenstandslos geworden, nicht vorgelegt wird.

Dem Recurse des Geklagten hat die II. J. stattgegeben, den angefochtenen B. behoben und dem BG die Vorlage der eingebrachten Appellationsbeschwerde nach Rechtskraft dieser E. verordnet: weil die Appellation von dem Geklagten rechtzeitig eingebracht wurde, und der erste Richter zur Nichtvorlage der Appellation gar nicht berechtigt war,

zumal der Appellant bei seiner Vernehmung erklärte, die Appellation nicht zurückzuziehen.

Dem Revisionsrecurse des Klägers hat der OGH Folge zu geben und in Abänderung der angefochtenen oberlandesgerichtlichen E. den erstrichterlichen B. wieder herzustellen befunden, weil dadurch, dass der Kläger seine Klage vorbehaltlos zurückgezogen hat und hiemit von dem Processe abgestanden ist, dem Richter überhaupt, daher auch dem Richter höherer Instanz die Grundlage zu einer Rechtsprechung entzogen wurde, und weil ferner der Beweggrund, aus welchem die Zurückziehung der Klage erfolgte, hier nicht in Betracht kommen kann.

2758.

Executionsführung auf das Privatvermögen eines persönlich haftenden Gesellschafters auf Grund eines gegen die ehedem bestandene, ohne Liquidation gelöschte Gesellschaft erwirkten Urtheils.

E. v. 10. Mai 1892, Z. 5770. — (JB 25 ex 92, Seite 300.)

I. HG Wien.
II. OLG Wien.

Auf Grund des in der Rechtssache des A wider die Firma B. & Co. peto. 1000 fl. ergangenen U. hat die I. J. dem obsiegenden Kläger A über sein Ansuchen die Execution gegen C, als gewesenen persönlich haftenden Gesellschafter der geklagten Firma, welche im Zuge des Processes ohne vorläufige Liquidation gelöscht worden war, bewilligt.

Ueber den Recurs des C hat die II. J. den angefochtenen B. abgeändert und das mit Gesuch Z. 32.041 wider C gestellte Executionsbegehren abgewiesen; in Erwägung, dass der Recurrent allerdings als Handelsgesellschafter der geklagten Firma für die Verbindlichkeiten der seither aufgelösten Firma haftet (Art. 112 und 150 HGB), somit der Gläubiger der Gesellschaft nicht allein diese, sondern auch den Gesellschafter zu klagen und an das Privatvermögen des Letzteren sich zu halten berechtigt ist, hieraus aber nicht folgt, dass die Klage, welche der Gläubiger gegen die Gesellschaft erhoben, auch als an die einzelnen Gesellschafter gestellt, angesehen, daher dem gegen die Gesellschaft rechtskräftig ergangenen Erkenntnisse auch die Vollstreckung in das Privatvermögen des einzelnen Gesellschafters gewährt werden muss; in Erwägung, dass hierdurch nicht blos der Rechtskraft des U. eine gesetzlich nicht begründete Wirkung und Tragweite beigelegt, sondern auch dem Gesellschafter die Möglichkeit benommen wäre, die ihm etwa aus seiner Person oder aus einem allfälligen zwischen ihm und dem Gesellschaftsgläubiger bestehenden besonderen Rechtsverhältnisse zustehenden Einwendungen, welche in dem gegen die Gesellschaftsfirma angestrengten Processe nicht

vorgebracht werden konnten, geltend zu machen, dies aber eine unzulässige Verkürzung des Gesellschafters in dem gesetzlichen Vertheidigungsrechte wäre.

Dem Revisionsrecurse des A hat der OGH Folge zu geben und die E. I. J. wieder herzustellen befunden, dies in der Erwägung, dass die unter der Firma B. & Co. zwischen C als persönlich haftendem Gesellschafter und D als Commanditisten bestandene Handelsgesellschaft im Laufe des gegen die Gesellschaft von A wegen Zahlung von 1000 fl. anhängig gemachten Rechtsstreites über Ansuchen der beiden Gesellschafter gelöscht worden ist, ohne dass eine Liquidation stattgefunden hätte, und für die Erfüllung der bestehenden Gesellschaftsverbindlichkeiten Vorsorge getroffen worden wäre, wie dies in den Art. 137, 141 und 172 HGB vorgezeichnet ist; den Gesellschaftsgläubigern hierdurch die Möglichkeit benommen wurde, aus dem Vermögen der Gesellschaft ihre Befriedigung zu suchen; durch die Vermengung des Gesellschaftsvermögens mit dem eigenen Vermögen C als persönlich haftender Gesellschafter der bestandenen Commandit-Gesellschaft sich selbst den Gesellschaftsgläubigern gegenüber an die Stelle der Gesellschaft gesetzt hat, daher es zulässig erscheint, gegen ihn auf Grund des gegen die Gesellschaft erwirkten U. vorzugehen.

2759.

Durch Beibringung einer beglaubigten Abschrift statt der Urkunde wird der Vorschrift des § 87 GBG auch dann nicht genügt, wenn auf Grund der Urkunde schon eine bücherliche Eintragung erfolgt ist.

E. v. 10. Mai 1892, Z. 5782. — (JB 36 ex 92, Seite 433.)

I. BG Friedberg.
II. OLG Graz.

A hatte zur Einbringung mehrerer Wechselforderungen gegen den angeblichen Giranten B (nachträglich erwiesen sich seine Unterschriften als durch den Wechselschuldner C gefälscht) Zwangsvollstreckung auf die Kaufschillingsforderung des B aus dem notariellen Uebergabsvertrage vom 26. Jänner 1886 von 1100 fl. durch Pfändung und Feilbietung geführt, und diese Forderung zur Hälfte am 17. Mai 1890 um 1 fl. und zur Gänze am 14. August 1890 um 5 fl. erstanden, worauf sie ihm auf Grund der Erstehung eingeantwortet wurde. B hatte unterlassen, im Laufe des gegen C geführten Strafverfahrens, das mit dessen Verurtheilung endete, die Hemmung der Zwangsvollstreckung zu erwirken. In dem Notariatsacte war von den Schuldnern D die Einverleibung des Pfandrechtes für die erst nach dem Tode des B fällige Uebergabsforderung auf die übergebenen Liegenschaften bewilligt worden, von dieser Befugniss hatte

jedoch B nie Gebrauch gemacht, wohl aber hatten die D auf Grund dieses Vertrages die Einverleibung ihres Eigenthumsrechtes erwirkt; sich den Vertrag zu verschaffen, war A nicht in der Lage.

Mit 10. Februar 1891 Z. 553 suchte nun A auf Grund des Einantwortungs-Bescheides vom 19. August 1890 Z. 1945 und einer Abschrift des Notariatsactes vom 26. Jänner 1886 um Einverleibung des Pfandrechtes für die erstandene Forderung an, wurde aber mit B. der I. J. abgewiesen, weil der Einantwortungs-Bescheid keine Uebertragungs-Befugniss enthielt und der Notariatsact nicht in Urschrift beigebracht wurde.

Nachdem A mittlerweile mit seinem Begehren um Ergänzung des Einantwortungs-Bescheides durch Aufnahme der Uebertragungs-Befugniss in beiden Instanzen zurückgewiesen worden war, erneuerte er am 31. December 1891 sein Pfandrecht-Einverleibungsgesuch, indem er nun eine beglaubigte Abschrift des Notariatsactes (aus dem Notariatsarchive) beischaffte.

Dieses Begehren wurde von der I. J. als unzulässige Erweiterung des Gesuches vom 10. Februar 1891 unter Hinweis auf den ersten abweislichen B. zurückgewiesen.

Ueber Recurs des A, in welchem unter Anderem angeführt wurde, dass ein Grundbuchsgesuch nach Löschung der Anmerkung der Abweisung jederzeit erneuert werden könne, der Notariatsact, weil in beglaubigter Abschrift, nun in „Original-Ausfertigung“ beigebracht sei, hat die II. J. dem Einverleibungs-Begehren Folge gegeben, weil weder das Begehren noch seine Instruirung in beiden Gesuchen vollkommen identisch sei, weil die Ausfertigung des Notariatsactes anlässlich der Eigenthums-Einverleibung dem Gerichte bereits vorlag und in beglaubigter Abschrift in der Urkundensammlung erliege, daher die Vorlage einer beglaubigten Abschrift aus dem Notariatsarchive als ausreichend erachtet werden müsse, der Pfandrechts-Einverleibung für B auf Grund des Vertrages kein bücherlicher Anstand entgegenstehen würde, die Forderung des B aber von A zwangsweise erstanden wurde und dadurch die Uebertragung der aus dem Uebergabsvertrag dem B zustehenden Rechte auf A dargethan sei, mithin gemäss § 94 AGO die Voraussetzungen des Ansuchens vorliegen.

Hiegegen haben B und D den Revisionsrecurs überreicht und zu dessen Ausführung unter Anderem eine einfache Quittung über die vor der Feilbeitung erfolgte Zahlung der Forderung angeschlossen.

Es hat sohin der OGH den B. der I. J., insoferne damit das Einverleibungsgesuch abgewiesen erscheint, wieder hergestellt, weil nach den §§ 87 und 88 GBG die Urkunden, auf Grund welcher eine grundbücherliche Eintragung erfolgen soll, im Original vorgelegt werden müssen, worunter bei Notariatsacten die der NO entsprechenden Ausfertigungen derselben zu verstehen sind, A aber blos eine beglaubigte Abschrift des

Notariatsactes vom 26. Jänner 1886 beigebracht habe, und der Umstand, dass auf Grund der Ausfertigung des bezogenen Notariatsactes bereits eine Eintragung in das Grundbuch erfolgt war, von der Regel des § 87 GBG keine Ausnahme begründe.

2760.

Es ist nicht gestattet, von der durch die AGO nach Beschaffenheit des Executionsobjectes bestimmten Executionsart abzugehen (§ 321 AGO).

E. v. 10. Mai 1892, Z. 5783. — (GZ 42 ex 92, Seite 335.)

I. BG Marburg.
II. OLG Graz.

A hat behufs Einbringung seiner Forderung gegen B a) um die executive Sequestration des der Gegnerin B angefallenen Fruchtgenusses einer Realität; b) um die executive Sequestration des an den in deposito erliegenden Wertheffecten der B zustehenden Fruchtgenussrechtes, beides unter der Beschränkung des § 822 ABG, angesucht.

Die I. J. hat dem Gesuche in beiden Punkten stattgegeben.

In Folge Recurses der B hat das OLG hinsichtlich des Punktes a) den erstrichterlichen B. bestätigt, in Betreff des Punktes b) aber denselben dahin abgeändert, dass dieses Ansuchen abgewiesen wurde, und dies in der Erwägung, dass das Recht des Eigenthümers einer Liegenschaft auf den Bezug der Früchte und Nutzungen derselben auch beim Bestande von Hypothekarlasten nicht zu bezweifeln ist und eine Beschränkung nur in Ansehung jener noch hängenden Früchte erleidet, welche zur Zeit einer allfälligen executiven Feilbietung auf der Realität befindlich und somit als deren Zugehör (§ 295 ABG) mit der Realität zugleich als feilgeboten anzusehen sind; dass demnach mit letzterer hier nicht in Frage kommenden Einschränkung die executive Sequestration auch angesichts der Bestimmung des § 3 der Exec.-Nov. als statthaft angesehen werden muss; dass der Recurrentin als Fiduciarerbin nach X. gemäss § 613 ABG das wenngleich eingeschränkte Eigenthum an den Verlassrealitäten mit dem Rechte auf den Bezug der Früchte und Nutzungen zusteht, und dass demnach der im § 320 AGO vorgeschriebenen grundbücherlichen Eintragung durch die im § 20 GBG vorgesehene grundbücherliche Anmerkung der executiven Sequestration entsprochen werden kann; dass übrigens die hier in Rede stehenden Realitäten auch aus Gebäuden bestehen, welche ein Brutto-Zinserträgniss von jährlichen 840 fl. abwerfen, welches nicht als Zugehör im Sinne des § 3 der Exec.-Nov. zu betrachten ist und daher der Sequestration unter allen Umständen unterliegt; dass hingegen die angesuchte executive Sequestration des der B zustehenden Fruchtgenusses an den deponirten Wertheffecten, soweit dieselben überhaupt Zinsungen abwerfen, unzulässig ist, da die Execution darauf nur nach

Vorschrift des § 321 AGO mittelst executiver Einantwortung geführt werden kann.

Ueber Revisionsrecurs des A gegen die den erstrichterlichen B. im Punkte b) abändernde obergerichtliche E. hat der OGH die letztere bestätigt, weil, insoferne von Einkünften der gerichtlich depositirten Wertheffecten gesprochen werden kann, dieselben in Geld bestehen, für welchen Fall im § 321 AGO als Art der Execution ausdrücklich die Einantwortung der Einkünfte nach Mass der Forderung des Klägers bezeichnet wird und es nicht gestattet ist, von der durch die AGO nach Beschaffenheit des Executionsobjectes bestimmten Executionsart abzugehen, daher auch von einer analogen Anwendung des Hofd. vom 27. October 1797, JGS Nr. 385, auf den vorliegenden Fall keine Rede sein kann.

2761.

Für die Bestimmung der Einredefrist ist nicht der vorübergehende, sondern der bleibende Wohnort des Geklagten massgebend.

E. v. 10. Mai 1892, Z. 5811. — (GH 35 ex 92, Seite 298.)
I. LG Wien.
II. OLG Wien.

Die I. J. hat die Klage des A gegen B in H. in Niederösterreich wegen Zahlung eines Betrages von 16.729·68 fl. um die binnen 45 Tagen zu erstattende Einrede verbeschieden und hat laut B. vom 16. Februar 1892, z. Z. 6830, diese 45tägige Einredefrist auch dann aufrecht erhalten, nachdem der Kläger dem Gerichte angezeigt hatte, dass sich der Geklagte nicht in H. in Niederösterreich, sondern in Paris aufhalte.

Dem Recurse des Geklagten gegen den letzterwähnten B. hat die II. J. Folge gegeben und in Abänderung desselben bestimmt, dass der Geklagte seine Einrede über die diesfällige Klage binnen 90 Tagen vom 6. März 1892, als dem Tage, an welchem sie ihm zugestellt wurde, zu erstatten habe, dies in der Erwägung, dass für die Festsetzung der Einredefrist nach der klaren Bestimmung des § 35 AGO nicht der ordentliche Wohnsitz des Geklagten, sondern sein thatsächlicher Aufenthaltsort massgebend ist, dass hier als solcher von dem Kläger selbst mit der Eingabe Z. 13136 ex 1892, Paris bezeichnet wurde, dass hiernach dem Geklagten gemäss § 3 Proc.-Nov. eine 90tägige Einredefrist zu ertheilen war, und dass gegen die Festsetzung derselben auf 45 Tage der Recurs allerdings zulässig erscheint, weil hier der Fall des Schlusssatzes des § 4 des citirten Gesetzes nicht vorliegt.

Dem Revisionsrecurse des Klägers hat der OGH stattzugeben und in Abänderung der oberlandesgerichtlichen Verordnung den erstrichterlichen B. wieder herzustellen befunden; in Erwägung, dass für die Bestimmung der Einredefrist im Sinne der §§ 34 und 35 AGO die kläge-

rischen Angaben massgebend erscheinen, dass nach diesen Angaben der Geklagte zur Zeit der Ueberreichung der Klage seinen ordentlichen Wohnsitz im Wiener Oberlandesgerichtssprengel hatte, dass die nachträgliche Anzeige des Klägers, der Geklagte befinde sich zu vorübergehendem Aufenthalte in Paris, eine Aenderung der bereits auf 45 Tage bestimmten Einredefrist nicht herbeizuführen geeignet war, und zwar umsoweniger, als der § 35 AGO nicht den vorübergehenden Aufenthaltsort, sondern den Wohnort des Geklagten als für die Bestimmung der Einredefrist massgebend voraussetzt, dass demnach die in II. J. erfolgte Erweiterung der Einredefrist auf 90 Tage nicht als den gesetzlichen Vorschriften entsprechend angesehen werden kann.

2762.

Die Girirung eines Wechsels gegen Auszahlung eines Theiles des Wechselbetrages unter Vorbehalt kurzfristiger Rücklösung ist kein Pfandvertrag.

E. v. 11. Mai 1892, Z. 4763. — (JB 38 ex 92, Seite 456.)

Auf Grund des von Eduard G. an eigene Ordre ausgestellten, von Max S. acceptirten und von dem Ersteren an die Firma K. & Bruder girirten Wechsels ddto. 20. Juli 1890 per 528 fl. erwirkte die Firma K. und Bruder mit der Klage de praes. 25. Jänner 1891 Z. 1638 gegen den Acceptanten Max S. den Zahlungsauftrag vom 27. Jänner 1891 Z. 1638.

Gegen denselben wendete der Geklagte Max S. ein, dass die Klagsseite nicht Eigenthümerin des Klagewechsels ist, sondern nur in dem Pfandbesitze desselben sei, sohin die Rechte aus dem Wechsel nicht im eigenen Namen, sondern nur im Namen und für Rechnung ihres angeblichen Schuldners Eduard G., von welchem sie den Wechsel in Pfand übernommen habe, ausübe, und dass sich die Klägerin daher alle Einwendungen, welche dem Geklagten dem Eduard G. gegenüber zustehen, gefallen lassen müsse, daher auch die Einwendung der nicht erhaltenen Valuta, welche der Geklagte insbesondere erhob, sowie, dass Eduard G. aus dem Wechsel keine Rechte besass und nicht berechtigt war, denselben weiter zu begeben.

Die I. J. hat den Zahlungsauftrag aufrecht erhalten:

Gründe:

Die Klagsseite führt in der Klage an, dass sie gegen Eduard G. eine längst fällige Wechselforderung per 507 fl. zu stellen habe, dass Eduard G. sie ersuchte, ihm gegen Girirung des von ihm an die eigene Ordre ausgestellten und von Max S. acceptirten Wechsels ddto. 20. Juli 1890, fällig sechs Monate a dato per 528 fl., das ist des Klagewechsels, einen Betrag von 100 fl. zu escomptiren, wobei Eduard G. erklärt habe,

er werde den Wechsel in den nächsten Tagen zurücklösen. Die Klägerin habe seinem Ersuchen entsprochen, worauf ihr Eduard G. den Wechsel mit seinem Giro in's Eigenthum übergab. Nachdem Eduard G. seiner Verpflichtung nicht nachgekommen sei, habe sich die Klagsseite veranlasst gesehen, gegenüber demselben wegen der Forderung per 507 fl. das Retentionsrecht an jenem Betrage, welchen Eduard G. nach Einbringung der eingeklagten Wechselsumme vom Acceptanten von der Klägerin ersetzt zu verlangen berechtigt wäre, auszuüben, und beansprucht nunmehr die letztere nach erfolgter Protestlevirung und Verständigung des Vormannes die Zahlung aus dem Wechsel vom Acceptanten Max S. Der Geklagte leugnet nicht, dass das Giro Eduard G. auf dem Wechsel echt sei, dass Eduard G. thatsächlich den Wechsel mittelst Giro der Klagsseite übergeben habe, und ist die Klagsseite demnach gemäss Art. 36 WO als Eigenthümerin des Wechsels vollständig legitimirt, zumal eine Beschränkung oder die Anmerkung der Pfandbestellung auf dem Wechsel nicht ersichtlich ist. Der Geklagte behauptet nur, dass eine solche Legitimation den Gegenbeweis zulasse, und ist diese Ansicht auch richtig, aber er hat diesen Gegenbeweis nicht erbracht, indem er überhaupt keine Umstände anführt, wodurch die gemäss Art. 36 WO geschaffene Legitimation der Klagsseite als Eigenthümerin des Wechsels entkräftet würde, sondern nur aus den Angaben der Klage selbst abzuleiten versucht, dass die Klagsseite nur Pfandbesitzerin des Wechsels sei. Die Klagsseite behauptet aber schon in der Klage, dass ihr der Wechsel durch das Giro in's Eigenthum übergeben worden ist und kann das Gegentheil aus den Klagsangaben nicht entnommen werden. Denn der Umstand, dass Eduard G. nur 100 fl. von der Klägerin erhielt, ist diesbezüglich ebenso belanglos, wie der Umstand, dass er sich verpflichtete, den Wechsel nach einigen Tagen zurückzulösen, da Eduard G. auch ohne jede Leistung von Seite der Klägerin dieser den Wechsel giriren konnte, und dieser Umstand sowohl, wie das Uebereinkommen zwischen Eduard G. und der Klägerin wegen Rücklösung des Wechsels dem Acceptanten gegenüber gar keine Wirkung hat. Wäre der Wechsel nur in Pfand gegeben worden, dann wäre wohl eine diesbezügliche Anmerkung dem Wechsel beigesetzt worden. Durch das unbestrittene Giro ist aber die Klägerin Eigenthümerin des Wechsels geworden, wobei es gleichgiltig ist, ob der Wechsel mittelst Bianco-Indossament übertragen wurde oder ob das Indossament den Namen des Giratars enthält, zumal der Geklagte keinerlei Umstand behauptet, dass die Klägerin auf unrechtmässige oder fahrlässige Weise in den Besitz des Wechsels gelangte, wodurch eben der Gegenbeweis gegen die gemäss Art. 36 WO vorhandene Legitimation hergestellt würde, vielmehr die Girirung und Uebergabe durch Eduard G. zugesteht. Was die Einwendung der nicht erhaltenen Valuta, sowie des Umstandes, dass dem Eduard G. aus dem Wechsel gar kein Recht zustand, betrifft, so führt der Geklagte

aus, dass er dem Eduard G. im Jänner 1890 sein am 25. Juli 1890 fälliges Accept per 1031 fl. zu dem Zwecke übergeben habe, um ihm bei einem Geldgeber 500 fl. zu beschaffen; Eduard G. habe dieses Accept an Simon H. begeben und ihm die 500 fl. gebracht. Als der Fälligkeitstag dieses Wechsels herannahte, habe ihn Eduard G. ersucht, da Geklagter nicht im Stande war, sein Accept pünktlich einzulösen, er möge ihm einen Prolongationswechsel per 528 fl. acceptiren, den er zur Einlösung des fälligen Acceptes per 1031 fl. verwenden würde. Geklagter that dies und ersuchte den Eduard G. um Retournirung des ersten Wechsels. Inzwischen habe Geklagter Ende Juli 1890 seine Zahlungen eingestellt, einen aussergerichtlichen Ausgleich angestrebt und in diesem an Simon H. als Inhaber des Acceptes per 1031 fl. und Eduard G. seine Verbindlichkeit erfüllt und nach Bezahlung des mittlerweile eingeklagten Acceptes per 1031 fl. mit dem Ausgleichsbetrage dieses Accept zurückerhalten. Dadurch sei der Prolongationswechsel per 528 fl. gegenstandslos geworden und Eduard G. habe sich verpflichtet, denselben zurückzustellen. Nach diesen Ausführungen hätte der Geklagte eine Valuta auf den Wechsel per 528 fl. nicht erhalten und Eduard G. denselben widerrechtlich weiter begeben. Ueber diese Umstände wurden von dem Geklagten die Zeugen Dr. Carl P., Simon H. und Eduard G. geführt, und bestätigt der Letztere den Vorgang bezüglich des Prolongationswechsels per 528 fl., sowie dass er den letzteren der Klagsseite girirte, anstatt ihn dem Geklagten zurückzustellen, behauptet aber, dass er sich zur Zurückstellung dieses Wechsel an den Geklagten nicht verpflichtet habe, sowie dass er selbst an den Geklagten eine Forderung per 150 fl. hatte, welche von dem Geklagten nicht berichtigt wurde, und welche dadurch entstand, dass er anlässlich der Beschaffung der 500 fl. für den Geklagten auf das Accept 1031 fl., nachdem Simon H. auf dasselbe blos 350 fl. gab, noch 150 fl. aus eigenem Gelde beifügte. Den Zeugen Dr. Carl P. und Simon H. ist über den Vorgang betreffend den Prolongationswechsel per 528 fl. nichts bekannt. Die genannten Zeugen wurden auch nach Zulass des § 18 der Proc.-Nov. darüber befragt, ob eine und welche Verabredung zwischen Eduard G. und der Klagsfirma in Betreff der Girirung des Klagewechsels getroffen wurde, und wussten hierüber die Zeugen Dr. Carl P. und Simon H. nichts anzugeben, während Eduard G. aussagte, dass er sich von der Klagsfirma auf den Wechsel per 528 fl. den Betrag per 100 fl. ausleihen wollte, dass aber Samuel K. namens der Klagsfirma ihm gesagt habe, dass ihm das Geschäft nicht passe, und nach längerem Zureden sich zu Eduard G. äusserte, er möge ihnen den Wechsel giriren, wornach er ihm 100 fl. geben werde, und als Eduard G. den Wechsel girirte, habe K. ihm 100 fl. leihweise gegeben, wobei Eduard G. dem K. sagte, dass er den Wechsel in einiger Zeit gegen Bezahlung der 100 fl. sammt Zinsen wieder abholen werde; eine weitere Vereinbarung sei nicht ge-

troffen worden und habe auch Eduard G. den girirten Wechsel nicht wieder abgeholt. Eine ausdrückliche Bestellung des Wechsels als Pfand hat also auch nach Aussage dieses Zeugen nicht stattgefunden. Wenn übrigens aus dieser von dem Zeugen geschilderten Verabredung auch entnommen werden wollte, dass der Wechsel nur in Pfand gegeben wurde, so wäre ein gerichtsordnungsmässiger Beweis über die von dem Zeugen angeführten Umstände nicht erbracht, nachdem Eduard G., ganz abgesehen davon, dass seine Verwerflichkeit eingewendet wird, der einzige Zeuge ist, welcher über diese Verabredung Aufschluss gibt, und ein Erfüllungseid des Geklagten ausgeschlossen erscheint, nachdem aus der Sachlage hervorgeht, dass der Geklagte bei dieser Verabredung nicht gegenwärtig war, daher aus eigener Anschauung davon nichts weiss, und überdies die Umstände, welche der Zeuge bezüglich der Verabredung bei der Girirung des Wechsels anführt, von dem Geklagten in den Verhandlungsreden gar nicht behauptet werden. Sollte auch Eduard G. bei der Girirung des Wechsels lediglich die Absicht gehabt haben, denselben zu verpfänden, obwohl er dies nicht ausdrücklich angibt, so scheint doch auf Seite der Klagsfirma nach dem Verlaufe der von Eduard G. geschilderten Verabredung keineswegs die Absicht vorgelegen zu sein, den Wechsel blos in Pfand zu nehmen, und ist dieser Umstand jedenfalls nicht erwiesen. Es kann daher nach dem Vorhergesagten nicht als erwiesen angenommen werden, dass der fragliche Wechsel der Klägerin nur verpfändet war und ist das Schuldverhältniss zwischen Klägerin und Eduard G., sowie das vom Ersteren dem Eduard G. gegenüber behauptete Retentionsrecht dem Geklagten gegenüber gänzlich belanglos, und nachdem die Klägerin als Eigenthümerin des Wechsels gemäss Art. 36 WO legitimirt erscheint, kann auf die Einwendung der nicht erhaltenen Valuta und der mangelnden Berechtigung des Eduard G. zur Girirung des Wechsels keine Rücksicht genommen werden. Denn gemäss Art. 82 WO kann sich der Wechselschuldner nur solcher Einreden bedienen, welche aus dem Wechselrechte selbst hervorgehen und ihm unmittelbar gegen den jedesmaligen Kläger zustehen, was aber in dem vorliegenden Falle nicht zutrifft, indem diese Einwendung aus dem Wechselrechte nicht hervorgeht, die Klagsseite aber als dritte Eigenthümerin des Wechsels erscheint, daher jene Einwendung nur dem Eduard G. als Aussteller entgegengesetzt werden könnte. Nach dem oben Gesagten musste demnach der Zahlungsauftrag gegen Max S. aufrecht erhalten bleiben.

Ueber Appellation des Geklagten hat die II. J. diese E. abgeändert und den Zahlungsauftrag nur jenenfalls aufrecht erhalten, wenn der Geklagte den in den Einwendungen angebotenen Erfüllungseid darüber nicht ablegt: „dass er dem Eduard G. im Jänner 1890 sein am 25. Juli 1890 fälliges Accept per 1031 fl. zu dem Zwecke übergab, um ihm darauf 500 fl. zu beschaffen, dass Eduard G. dieses Accept an Simon H.

begab und ihm die vereinbarte Escomptevaluta per 500 fl. überbrachte, dass Eduard G. ihn, als der Fälligkeitstag dieses Acceptes herannahte, und er (Geklagter) sein Accept nicht pünktlich einzulösen im Stande war, ersuchte, er möge einen Prolongationswechsel über 528 fl. acceptiren, den er (G.) zur Einlösung des fälligen Acceptes per 1031 fl. verwenden würde, dass er (Geklagter) dem Eduard G. ein solches Accept ddto. 20. Juli 1890 per 528 fl. einhändigte und ihn um Retournirung des ersten Acceptes per 1031 fl. ersuchte, dass er jedoch selbst, nachdem er inzwischen Ende Juli 1890 seine Zahlungen eingestellt hatte und einen aussergerichtlichen Ausgleich mit seinen Gläubigern anstrebte, das gegen ihn eingeklagte Accept per 1031 fl. an Simon H. mit dem Ausgleichsbetrage bezahlt und dasselbe zurückerhalten habe.“

Gründe:

Der Geklagte bestreitet in den gegen den Zahlungsauftrag vom 27. Jänner 1891, Z. 1638, eingebrachten Einwendungen, dass die Klagsfirma thatsächlich Eigenthümerin des von ihm acceptirten Klagewechsels ddto. 20. Juli 1890 per 528 fl. geworden sei, indem vielmehr aus den Klageanführungen selbst hervorgehe, dass ihr derselbe von dem Aussteller und beziehungsweise Remittenten Eduard G. für ein angebliches Darlehen per 100 fl. als Pfand gegeben wurde, und dass sie als angebliche Gläubigerin desselben an dem Klagewechsel überdies ein Retentionsrecht, dessen Ausübung schon seiner Wesenheit nach das Eigenthum an der retinirten Sache ausschliessen würde, bezüglich einer weiteren Wechselforderung per 507 fl. ausübe, bei welcher Sachlage gemäss Art. 82 WO gegen sie selbst, wenn sie formell als Giratarin in bianco zur Einklagung des Wechsels berechtigt anzusehen wäre, alle Einwendungen geltend gemacht werden können, welche dem Geklagten gegen den Aussteller und Remittenten Eduard G. zustehen. In dieser Beziehung macht der Geklagte geltend, dass er dem Eduard G. im Jänner 1890 sein am 25. Juli 1890 fälliges Accept per 1031 fl. zu dem Zwecke übergeben habe, ihm bei einem Geldgeber darauf 500 fl. zu beschaffen, dass Eduard G. dieses Accept an Simon H. begeben und ihm die vereinbarte Escomptevaluta per 500 fl. überbracht habe; er behauptet ferner, dass Eduard G. ihn, als der Fälligkeitstag des Acceptes per 1031 fl. herannahte, und er (Geklagter) dasselbe nicht pünktlich einzulösen im Stande war, ersuchte, er möge ihm einen Prolongationswechsel auf 528 fl. acceptiren, den er zur Einlösung des fälligen Acceptes verwenden würde. Er habe diesem Ersuchen entsprochen, dem Eduard G. ein solches Accept eingehändigt und ihn um Retournirung des ersten Acceptes ersucht. Inzwischen habe er jedoch Ende Juli 1890 seine Zahlungen eingestellt und einen aussergerichtlichen Ausgleich angestrebt, worauf er in diesem Ausgleiche auch den mittlerweile von Simon H. gegen ihn eingeklagten Wechsel per 1031 fl.

mit dem Ausgleichsbetrage bezahlt und denselben zurückerhalten habe, während Eduard G. sich verpflichtete, ihm das hierdurch gegenstandslos gewordene Wechselaccept per 528 fl. zurückzustellen, was jedoch nicht geschehen sei. Hieraus ergebe sich, dass dem Eduard G., welcher überhaupt nicht mehr berechtigt war, den Klagewechsel weiter zu begeben, aus demselben kein Anspruch wider den Belangten zusteht. Die Klagsfirma widerspricht die Anführungen des Geklagten, insbesondere, dass sie den Klagewechsel blos als Pfand für die Darlehensforderung per 100 fl. an Eduard G. erhalten habe, und beruft sich darauf, dass sie als Inhaberin des in bianco girirten Klagewechsels zugleich als dessen Eigenthümerin gemäss § 36 WO legitimirt sei, zumal seitens des Belangten gar nicht behauptet und umsominder dargethan wurde, dass sie den fraglichen Wechsel im bösen Glauben erworben hätte, oder dass ihr hierbei eine grobe Fahrlässigkeit zur Last fallen würde, weshalb die seitens des Geklagten gegen den Zahlungsauftrag erhobenen Einwendungen, da selbe nicht aus dem Wechselrecht selbst hervorgehen, ihr gegenüber als Bianco-Giratarin nicht geltend gemacht werden können. Was zunächst die Einwendungen des Geklagten, betreffend die Entstehung des Klagewechsels ddto. 20. Juli 1890, sowie die im Ausgleichswege durch den Belangten erfolgte Einlösung seines Acceptes per 1031 fl. bei Simon H. und die Verpflichtung des Eduard G. zur Rückstellung des eingeklagten Wechsels an den Geklagten anbelangt, so hat sich derselbe hierüber auf die Zeugen Eduard G., Simon H. und den Advocaten Dr. Carl P. berufen, und es hat insbesondere der Zeuge Eduard G. laut seiner eidlichen Aussage die Anführungen des Geklagten, sowie auch den Umstand bestätigt, dass er nach Einlösung des Acceptes per 1031 fl. durch den Geklagten zur Rückstellung des Klagewechsels per 528 fl. an denselben verpflichtet war, und ferner ausgesagt, dass er, nachdem er Geld benöthigte, diesen letzteren Wechsel lediglich gegen ein Darlehen per 100 fl. der Klagsfirma mittelst Giro in bianco übergeben und hierbei ausdrücklich erklärt habe, dass er denselben in einigen Tagen gegen Bezahlung des Darlehens per 100 fl. sammt Zinsen wieder abholen werde. Ingleichen hat der Zeuge Simon H. die Escomptirung des Acceptes des Geklagten per 1031 fl. durch Vermittlung des Eduard G., sowie dessen Einlösung nach erfolgter Einklagung durch den belangten Max S. beziehungsweise dessen Vertreter Dr. Richard W. mit dem Betrage per 350 fl. eidlich bestätigt, womit in Betreff der Einlösung des Wechsels per 1031 fl. durch den genannten Vertreter des Geklagten auch die eidliche Aussage des Zeugen Dr. Carl P. übereinstimmt. Wenn nun erwogen wird, dass aus den eigenen Anführungen der Klagsfirma, wonach Eduard G. dieselbe ersuchte, ihm gegen Girirung des Klagewechsels per 528 fl. einen Betrag von 100 fl. zu escomptiren, wobei er erklärt habe, dass er denselben in den nächsten zwei bis drei Tagen wieder einlösen werde, und dass sie sich, nachdem Eduard G. seinem Ver-

sprechen nicht nachkam, veranlasst gefunden habe, anlässlich der Einklagung des Wechsels gegenüber demselben das Retentionsrecht wegen einer bereits früher bestandenen Wechselforderung an ihn per 507 fl. an jenem Betrage geltend zu machen, den er nach Einbringung der eingeklagten Wechselsumme von ihm ersetzt zu verlangen berechtigt wäre, zur Genüge hervorgeht, dass es sich hier um kein eigentliches Escomptegeschäft, sondern um eine blosse Verpfändung des Klagewechsels gegen ein Darlehen von 100 fl. handelte, womit auch die Aussage des Zeugen Eduard G. übereinstimmt, bei welcher Sachlage im Hinblick auf die Bestimmung des § 916 ABG davon, dass die Klagsfirma durch Uebergabe des in bianco girirten Wechsels per 528 fl. dessen Eigenthümerin geworden sei, keine Rede sein kann. Wird ferner berücksichtigt, dass sohin der Belangte der Klagsfirma nach Art. 82 WO alle Einwendungen, welche ihm gegen Eduard G. als Aussteller und Giranten des Klagewechsels zustehen, entgegenzusetzen berechtigt erscheint und dass hierüber durch die eidliche Aussage des Zeugen Eduard G. in dem Anbetracht, als die von der Klagsfirma gegen denselben gemäss der §§ 140 lit b und 141 lit d. der AGO eingewendeten Verwerflichkeitsgründe nicht vorliegen, zumal sie gar nicht behauptet, dass er bereits wegen eines Verbrechens aus Gewinnsucht bestraft wurde, und ebenso von keiner Seite ein Anspruch aus dem Klagewechsel gegen denselben abgeleitet wird und seitens des Geklagten gemäss Art. 23 WO auch nicht erhoben werden könnte, die erste halbe Probe hergestellt erscheint, welche nach § 212 AGO und dem Hofd. vom 14. Februar 1788, N. 782 JGS, durch den Erfüllungseid ergänzt werden kann, so war in Stattgebung der Appellation des Geklagten das erstrichterliche U. abzuändern und auf den über die von den obbezeichneten Thatsachen angebotenen Erfüllungseid zu erkennen, beziehungsweise die Aufrechterhaltung des erstrichterlichen Zahlungsauftrages von dessen Nichtablegung abhängig zu machen.

Ueber Revision des Klägers hat der OGH die E. I. J. wieder herzustellen befunden. — Dies aus folgenden

Gründen:

Durch den Klagewechsel A, welcher mit dem Accepte des Belangten versehen ist, und den Eduard G. an eigene Ordre ausgestellt und an die klagende Firma girirt hat, ist dieselbe im Sinne des Art. 36 WO als Eigenthümerin des Wechsels ausgewiesen, daher dritte redliche Besitzerin im Sinne des Art. 74 WO, indem dieselbe den Wechsel weder im bösen Glauben erworben, noch bei dessen Erwerbung eine grosse Fahrlässigkeit an den Tag gelegt hat, ihr dies in den Einwendungen nicht zur Last gelegt wird und auch nicht aus der Processverhandlung oder der angeführten Weisung hervorgeht. Nach Art. 82 WO kann sich der Wechselschuldner nur solcher Einwendungen bedienen, die aus dem Wechselrechte hervor-

gehen, das ist, welche auf der nicht gehörigen Beobachtung der Vorschriften der WO gestützt werden oder die ihm gegen den jedesmaligen Kläger zustehen. Nun behauptet Belangter, dass die Klagsfirma nicht Eigenthümerin des Klagewechsels ist, da ihr derselbe von Eduard G., dem Aussteller und Giranten, als Pfand für ein Darlehen von 100 fl. gegeben wurde, dass sie das Recht aus dem Wechsel nicht im eigenem Namen, sondern im Namen und für Rechnung dieses ihres Schuldners ausübe, dass der Belangte daher nach Art. 82 WO berechtigt sei, die Einwendung entgegenzusetzen, dass er weder von Eduard G., noch von irgend Jemandem die Valuta erhalten habe, und dass Eduard G. zur Girirung des Wechsels nicht berechtigt war, weil der Klagewechsel lediglich ein Prolongationswechsel war und Eduard G. sich zu dessen Rückstellung verpflichtet habe. Diese Einwendungen sind aber unhaltbar; denn abgesehen davon, dass, wie oben gesagt, die Klagsfirma als Eigenthümerin des Wechsels formell legitimirt ist, und dass bei einem Wechsel als strengem Literalvertrage blos die schriftlichen Wechselerklärungen massgebend sind, und dass das auf dem Klagewechsel A ersichtliche Giro weder ein beschränktes oder bedingtes im Sinne des Art. 17 WO ist, müsste Belangter seine Behauptung, dass der Klagewechsel von Eduard G. der Klagsfirma nur als Pfand gegeben wurde, beweisen. Einen solchen directen Beweis hat Belangter nicht einmal angeboten, sondern blos aus einzelnen Anführungen der Klagsfirma in ihren Satzreden zu deduciren versucht, dass lediglich eine Verpfändung des Wechsels stattgefunden hat, und diese Annahme hat auch der obere Richter getheilt, aber mit Unrecht. Denn in den klägerischen Satzreden kommt ein Zugeständniss, dass der Klagewechsel ihr als Pfand gegeben wurde, nicht vor, vielmehr bestätigt der vom Belangten selbst als Zeuge geführte Eduard G., dass die Klagsfirma das von ihm erbetene Darlehen von 100 fl. gegen blosse Uebergabe des Wechsels (mithin als blosses Pfand) nicht gewähren wollte, sondern die Girirung des Klagewechsels (mithin die solidarische Mithaftung des Darlehenswerbers) begehrte und erst nach erfolgter Girirung die Darlehensvaluta zuzählte. Nach den Aussagen dieses Zeugen ist die Verpfändung geradezu ausgeschlossen, war vielmehr zwischen dem Aussteller und Eigenthümer des Wechsels und der Klagsfirma die Girirung desselben an letztere vereinbart und wurde auch vollzogen. Die rechtliche Wirksamkeit des Giro wird in keiner Weise durch die weitere Verabredung alterirt, dass sich der Girant das Recht vorbehalten hat, den Wechsel vor der Verfallszeit wieder einzulösen, da die Klagsfirma immer in der Lage war, den Klagewechsel wieder an Eduard G. weiter zu giriren. Ist aber die Klagsfirma durch das unbeschränkte Giro als Eigenthümerin des Wechsel ausgewiesen, so können ihr die Einwendungen der nicht erhaltenen Valuta und der Nichtberechtigung des Eduard G. zur Girirung umsoweniger entgegengesetzt werden, als erstere Einrede nicht

aus dem Wechselrechte hervorgeht, indem das Zuzählen der Valuta kein Erforderniss des Wechselvertrages ist (Art. 4 und 23 WO), und die zweite auf die Thatsache, dass sich Eduard G. zur Rückstellung des Wechsels verpflichtet habe, gestützte Einrede schon deshalb unbegründet ist, weil der vom Belangten selbst als Zeuge geführte Eduard G. die behauptete Thatsache negirt. Aus diesen Gründen wird über die Revision des Klägers das erstrichterliche U. wieder hergestellt.

2763.

Ein Schuldschein, kraft dessen der Vater seine Verpflichtung zur Hinterlassung eines Pflichttheils an seinen Notherben in einer bestimmten Summe anerkennt, ist als einen giltigen Rechtsgrund enthaltend einverleibungsfähig.

E. v. 11. Mai 1892, Z. 5480. — (NZ 82 ex 92, Seite 212.)

Auf Grund der von Franz S. zu Gunsten seiner Tochter Eleonora S. nun verehelichten M. ausgestellten Schuldverschreibung ddto. 30. April 1889 über 2000 fl. hat die I. J. der Letzteren die angesuchte Vormerkung des Pfandrechtes für obige Forderung per 2000 fl. auf die dem Ersteren gehörigen Realitäten bewilligt.

Ueber den Recurs des Franz S., hat die II. J. den angefochtenen B. dahin abgeändert, dass das Gesuch der Eleonora S. verehelichten M. um die Bewilligung der vorbezeichneten Vormerkung abgewiesen wird, weil in der in der Schuldverschreibung ddto. 30. März 1889 enthaltenen Erklärung: „Dass Franz S. seiner grossjährigen Tochter Eleonora S. namens väterlichen Erbtheiles 2000 fl. ö. W. schulde“, ein giltiger Rechtsgrund nicht enthalten ist, da ein Erbtheil, insolange der Erblasser lebt, überhaupt nicht existent sein kann.

Dagegen brachte Eleonora S. verehelichte M. den Revisionsrecurs ein und führte in demselben aus: Um die Ehebewilligung mit ihrem derzeitigen Gatten, dem Gendarmeriepostenführer Johann M., zu erhalten, musste Recurrentin ein Vermögen nachweisen. Zu diesem Behufe stellte ihr Vater, ein wohlhabender Mann, die Urkunde ddto. 30. April 1889 aus. Es ist also von keinem Erbtheile eine Rede, insbesondere nicht von einem erst in Zukunft eintretenden Erbrechte; die Summe ist ja namens des Erbtheiles, das heisst auf Abschlag, verschrieben. Die Eltern müssen den Kindern Pflichttheile hinterlassen (§§ 727, 729, 730 und 731 ABG); von einer Schenkung ist keine Rede, deshalb ist das Gesetz vom 25. Juli 1871 nicht anwendbar.

Der OGH hat diesem Revisionsrecurse stattzugeben und den erstrichterlichen B. wieder herzustellen befunden; denn wenn es auch richtig ist, dass ein Erbtheil nicht bestehen kann, so lange der Erblasser lebt, so besteht doch der gesetzliche Anspruch des Notherben auf den Erbtheil

respective Pflichttheil und die demselben entsprechende Verpflichtung des Erblassers, dem pflichttheilsberechtigten Notherben diesen Pflichttheil zu hinterlassen. Es besteht weiter gar kein gesetzliches Hinderniss, dass der Erblasser dem pflichttheilsberechtigten Notherben bei seinen Lebzeiten Abschlagszahlungen auf diesen Pflichttheil leistet, oder sich zu solchen Abschlagszahlungen urkundlich verpflichtet, die dann seinerzeit in den Pflichttheil eingerechnet werden können. Die als Schuldurkunde bezeichnete Urkunde vom 30. April 1889 enthält nun die formalisirte Anerkennung des Franz S., dass er seiner Tochter Eleonora einen Pflichttheil zu hinterlassen schuldig sei, und die weitere Verpflichtung, namens, das ist auf Abschlag dieses Erbtheiles beziehungsweise des darin inbegriffenen Pflichtheiles der Tochter oder deren Kindern einen Betrag von 2000 fl. nach Bedarf baar zu bezahlen oder, wenn nicht auf Bezahlung gedrungen werden sollte, mit 5 Percent zu verzinsen. Da nun in dieser Urkunde sowohl die Forderung bescheinigt, als auch die Bewilligung zur Einverleibung des Pfandrechtes für dieselbe ertheilt ist, besteht kein Grund, das Gesuch der Eleonora M. um Vormerkung des Pfandrechtes für diese Forderung abzuweisen. Es musste also der erstrichterliche B. wieder hergestellt werden.

2764.

Auf Grund eines in den ungarischen Kronländern errichteten Notariatsactes kann von den cisleithanischen Gerichten die Execution nicht bewilligt werden.

E. v. 11. Mai 1892, Z. 5785. — (GH 36 ex 92, Seite 306.)

Auf Grund eines vor einem Notar in Karlsburg in Ungarn errichteten, mit der Executionsclausel versehenen Notariatsactes, worin die Schuldnerin S. die Vollstreckung desselben in jeder der beiden Reichshälften gestattete, suchte der Gläubiger G. gegen die damals in Laibach sich aufhaltende S. um die Mobilarexecution an.

Die I. J. bewilligte dieselbe mit Rücksicht darauf, dass, wenn auch im JME vom 23. September 1862, Z. 9627, von Notariatsacten überhaupt keine Erwähnung geschieht und auch in den sonstigen, die gegenseitige Zwangsvollstreckung durch die Gerichte in Ungarn und Oesterreich regelnden Vorschriften davon keine Rede ist, im § 298 der gerichtliche Vergleich mit dem richterlichen Spruche in Bezug auf die Executionsfähigkeit gleich gehalten wird und im § 3 der NO die Notariatsacte wie die gerichtlichen Vergleiche executionsfähig erklärt worden sind.

Ueber Recurs der S. wurde vom OLG das Executionsgesuch in der Erwägung, dass sich die Bestimmung des § 3 der NO nur auf jene Notariatsacte beziehen kann, welche im Geltungsgebiete dieser NO aufgenommen sind;

in Erwägung, dass auch in den die gegenseitige Zwangsvollstreckung durch die Gerichte in Oesterreich und Ungarn regelnden Vorschriften die Grundlage für die Vollstreckbarkeit eines solchen Notariatsactes nicht gefunden werden kann, abgewiesen.

Der OGH hat den dagegen erhobenen Revisionsrecurs des G. aus den Gründen des OLG zurückzuweisen befunden.

2765.

Die Bestimmung einer Präclusivfrist zur Geltendmachung einer nicht angemeldeten und deshalb als illiquid auf den Meistbot gewiesenen Forderung im Rechtswege ist unzulässig.

E. v. 11. Mai 1892, Z. 5793. — (GZ 20 ex 93, Seite 168.)

I. LG Krakau.
II. OLG Krakau.

In der Executionssache des A gegen B wegen Zahlung des Betrages von 100 fl. ö. W. s. N. G. hat der erste Richter die Forderung des Pfandgläubigers C. im Betrage von 136 fl. ö. W. sammt den auszuweisenden Nebengebühren auf den aus der executiven Veräusserung der schuldnerischen Fahrnisse erzielten Meistbot als illiquid collocirt, nachdem C trotz mehrmaliger Aufforderungen seinen Anspruch bei der Meistbotsvertheilungs-Verhandlung anzumelden unterlassen hat.

Ueber den Recurs des A, welcher bereits bei der Liquidirungstagfahrt behauptete, dass die Forderung des C schon berichtigt worden sei, und deren Uebergehung bei der Kaufschillingsvertheilung begehrt hat, wurde jener Vertheilungsbescheid oberlandesgerichtlich in der Erwägung bestätigt, dass die Collocirung der fraglichen, von C nicht liquidirten Forderung in der Bestimmung des § 469 ABG ihre Rechtfertigung findet.

Der OGH hat den a. o. Revisionsrecurs des C in der Erwägung zurückgewiesen, dass die in Beschwerde gezogenen Aussprüche der Untergerichte allerdings in der vom OLG berufenen Vorschrift des § 469 ABG begründet sind; dass der Executionsrichter bei Vertheilung des in Rede stehenden Meistbotes keineswegs berufen war, sich in die E. der Frage einzulassen, ob die mit Pfandrecht versichert gewesene Forderung des C bereits getilgt und das Pfandrecht erloschen sei, dies umsoweniger, als hiefür im Liquidirungsverfahren gar kein Beweis beigebracht wurde; dass die Vorschriften des speciell für Tirol und Vorarlberg erlassenen Hofd. vom 19. November 1839, JGS Nr. 388, auf den vorliegenden Fall keine Anwendung finden; dass die Actenlage keinen Anhaltspunkt zur genaueren Specialisirung der Forderung des C bietet, und dass das Begehren um Bestimmung einer Präclusivfrist zur Geltendmachung dieser Forderung im ordentlichen Rechtswege im Gesetze keine Stütze hat, demnach die

zur Abänderung oder Aufhebung gleichförmiger untergerichtlicher Entscheidungen nach dem Hofd. vom 15. Februar 1833, JGS Nr. 2593, erforderlichen Bedingungen abgehen.

2766.

Ein Rechtsstreit über die Gesetzmässigkeit von Executionsbescheiden ist unzulässig.

E. v. 12. Mai 1892, Z. 5225. — (GZ 34 ex 92, Seite 270.)
I. BG Teplitz.
II. OLG Prag.

Auf Grund des U. vom 29. Jänner 1891, mit welchem A, Maschinenmeister bei der Firma B, schuldig erkannt worden ist, der Firma C den durch seinen Austritt aus dem Dienste vor Ablauf der vertragsmässigen Kündigungsfrist erwachsenen Vergütungsbetrag per 500 fl. s. N. G. zu bezahlen, wurde der Firma C wegen der mittlerweile von A eingebrachten Appellation die sicherstellungsweise Pfändung des Gehaltes und der sonstigen Bezüge des A, welche derselbe von der Firma B zu beziehen hat, insoweit dieser Gehalt sammt Bezügen den Gesammtbetrag jährlicher 800 fl. übersteigt, zur Deckung ihrer Forderung von 500 fl. s. N. G. bewilligt; beim Vollzuge erklärte die Firma B, dass A bei ihr nicht dauernd angestellt ist.

Dem gegen diese Bewilligung von A ergriffenen Recurse hat die II. J. keine Folge gegeben, die Pfändungsbewilligung aber dahin ergänzt, dass die bewilligte sicherstellungsweise Pfändung nur für den Fall wirksam sein sollte, als der Execut in seinem Dienstverhältnisse im gesetzlichen Sinne dauernd angestellt sei. Auf Grund des sodann rechtskräftig gewordenen eben erwähnten U. wurde nun der Firma C die executive Einantwortung des Gehaltes und der Bezüge des A, soweit dieselben 800 fl. übersteigen, unter derselben Bedingung wie die sicherstellungsweise Pfändung bewilligt, wovon die Firma B verständigt worden ist. Da diese Firma trotz Mahnung seitens der Firma C den 800 fl. übersteigenden Gehalt des A der Firma C nicht ausfolgte, so klagte Letztere unter Zugrundelegung eines Jahreseinkommens per 980 fl. von dem hienach der Einantwortung unterliegenden Betrage von 180 fl. den auf die Zeit vom 23. März 1891, als dem Tage des Vollzuges der sicherstellungsweisen Pfändung bis 22. Juni 1891, somit auf drei 3 Monate, entfallenden Theilbetrag per 45 fl. ein und verlangte von der Firma B die Ausfolgung dieses Betrages, eventuell Ersatz.

Die I. J. hat das Klagebegehren aus nachstehenden Gründen abgewiesen: Die geklagte Firma hat diesen ganzen Thatbestand zugegeben, überdies gestanden, dass A einen Wochenlohn von 23 fl., mithin ein Jahreseinkommen von 1196 fl. beziehe und nur eingewendet, dass A bei

ihr gegen 14tägige Kündigung, somit nicht im gesetzlichen Sinne dauernd angestellt ist. Die klägerische Firma bestreitet wiederum im Laufe des Processes die Legitimation der geklagten Firma zur Bestreitung der Zulässigkeit der Execution auf Grund des Gesetzes vom 29. April 1873, RGB Nr. 68. Es sind demnach in diesem Rechtsstreite auf Grund des vorliegenden Processmaterials lediglich zwei Fragen zu entscheiden und der Urtheilsfällung zu Grunde zu legen. Diese Fragen sind: 1. Ist die geklagte Firma zur Bestreitung der Zulässigkeit der Execution auf Grund des Gesetzes vom 29. April 1873, RGB Nr. 68, berechtigt? 2. Ist A bei der geklagten Firma im gesetzlichen Sinne dauernd angestellt? Um diese beiden Fragen richtig zu beantworten, ist es nöthig, vorerst festzustellen, wie im vorliegenden Falle die Beweislast vertheilt ist, ob es Sache des Klägers ist, zu beweisen, dass A bei der Firma B dauernd angestellt sei, oder ob es der geklagten Firma obliege, zu beweisen, A sei bei ihr im gesetzlichen Sinne nicht dauernd angestellt. Es ist ein im österreichischen Processrechte allgemein geltender Grundsatz, dass Jeder, der ein Recht im Processwege durchsetzen will, den diesem Rechte zu Grunde liegenden Thatbestand zu erweisen habe, wenn derselbe vom Gegentheile bestritten wird, und dass nur dann und nur insoweit, als eine gesetzliche Vermuthung für ihn streitet, diese Beweislast derartig verschoben wird, dass der Geklagte den Gegenbeweis zu führen hat. Im vorliegenden Falle will die Klägerin die ihr unter der Beschränkung des Gesetzes vom 29. April 1873, RGB Nr. 68, und vom 26. Mai 1885, RGB Nr. 75, bewilligte sicherstellungsweise Pfändung, sowie die unter der gleichen Beschränkung bewilligte Einantwortung des Gehaltes und der sonstigen Bezüge des A gegen die geklagte Firma, bei welcher Letzterer angestellt ist, im Processwege geltend machen. Es liegt daher der Klägerin ob, den im § 2 des Gesetzes vom 29. April 1873, RGB Nr. 68, zur Giltigkeit der Einantwortung geforderten Thatbestand zu erweisen und ist es Sache der Klägerin gewesen, im Processe den Beweis zu erbringen, dass A im Sinne des Gesetzes dauernd angestellt ist. Eine Verschiebung dieser Beweislast würde nur dann eintreten, wenn eine gesetzliche Vermuthung der Klägerin zu statten käme; denn dann wäre es Sache der geklagten Firma, diese Vermuthung durch Gegenbeweis auszuschliessen. Es ist aber nirgends im Gesetze die Vermuthung ausgesprochen, dass ein Fabriksarbeiter höherer Art, und das ist ja der Maschinenmeister A jedenfalls, im Sinne des Gesetzes vom 29. April 1873, RGB Nr. 68, dauernd angestellt ist, dass ein derartiges Dienstverhältsiss auf ein Jahr bestimmt oder bei unbestimmter Dauer für die Auflösung eine Kündigungsfrist von mindestens 3 Monaten einzuhalten ist. Es ist also im vorliegenden Falle Sache der Klägerin, zu beweisen, dass A bei der geklagten Firma dauernd angestellt ist und, dies vor Augen, sind die beiden oben angeführten Fragen leicht zu lösen. Ad 1. Es wäre allerdings der geklagten Firma freigestanden, von dem Augenblicke an,

als sie von der Pfändung des Gehaltes des A verständigt worden ist, den 800 fl. übersteigenden Betrag dieses Gehaltes der Klägerin auszufolgen, oder, wenn sie gegen die Ausfolgung Bedenken gehabt hätte, denselben bei Gericht zu deponiren. Aber schon im Falle des gerichtlichen Erlages wäre es Sache der Exequentin gewesen, den A auf Anerkennung der Ausfolgung dieser Summe an sie zu klagen, und hätte dann, falls sich A in den Process eingelassen hätte, die Exeqnentin zu beweisen gehabt, dass die nach dem Gesetze vom 29. April 1873, RGB Nr. 68, zur Giltigkeit der Execution geforderten Thatsachen vorhanden sind, unter Anderem also auch zu beweisen gehabt, dass A bei der Firma B im Sinne des Gesetzes dauernd angestellt ist. Dadurch aber, dass die geklagte Firma den 800 fl. übersteigenden Gehalt des A nicht der Klägerin ausgefolgt, sondern wahrscheinlich ihm ausgezahlt hat, hat dieselbe lediglich die Gefahr eines Streites auf sich genommen und müsste sie bei Bestand eines Rechtes der Klägerin zur Zahlung an dieselbe verurtheilt werden. Es ist aber unzulässig, in diesem Falle die Exequentin von dem Beweise ihres Rechtes theilweise zu befreien, und dies würde ja geschehen, wenn man der geklagten Firma den Widerspruch gegen die blosse Behauptung der Klägerin, A sei dauernd angestellt, verbieten wollte. Die blosse, allenfalls unbegründete Behauptung der Klägerin hätte dann die Kraft vollen Beweises. Es würde dann der Klägerin möglich gemacht, mehr Recht im Processe durchzusetzen, als ihr eigentlich mit der sicherstellungsweisen Pfändung und Einantwortung bewilligt worden ist. Die geklagte Firma ist also zur Bestreitung der Zulässigkeit der Execution auf Grund des Gesetzes vom 29. April 1873, RGB Nr. 68, berechtigt und geht dies im vorliegenden Falle zur Evidenz aus der anlässlich des wider die Bewilligung der sicherstellungsweisen Pfändung von A überreichten Recurses oberlandesgerichtlich ergangenen E. hervor, welche ausdrücklich erklärt, dass die sicherstellungsweise Pfändung nur für den Fall wirksam sein solle, als der Execut in seinem Dienstverhältnisse im gesetzlichen Sinne dauernd angestellt ist. Ad 2. Im Sinne des § 2 des Gesetzes vom 29. April 1873, RGB Nr. 68, gilt als dauernd dasjenige Dienstverhältniss, welches a) nach Gesetz, b) durch Vertrag, c) durch Gewohnheit mindestens auf ein Jahr bestimmt oder für welches bei unbestimmter Dauer für die Auflösung eine Kündigungsfrist von mindestens 3 Monaten einzuhalten ist. a) Dass im Gesetze keine Bestimmung enthalten ist, wonach ein Dienstverhältniss, wie das diesem Streite zu Grunde liegende, als dauernd im Sinne des Gesetzes vom 29. April 1873, RGB Nr. 68, anzusehen ist, wurde schon oben dargethan; b) dass zwischen A und der geklagten Firma durch Vertrag ein Dienstverhältniss geschlossen wurde, welches als dauernd im Sinne des oberwähnten Gesetzes anzusehen ist, hat die Klägerin nicht behauptet, geschweige denn erwiesen; c) ebenso wenig hat die Klägerin behauptet, dass in Folge Gewohnheitsrecht, Dienstverhält-

nisse, wie das dem Streite zu Grunde liegende eines ist, als dauernd im Sinne des Gesetzes vom 29. April 1873, RGB Nr. 68, anzusehen sind. Es hat vielmehr die Klägerin den Beweis des dauernden Dienstverhältnisses des A auf andere Weise zu erbringen versucht. Der angebotene Sachverständigenbeweis aber darüber, dass es der Gewohnheit unstreitig entspreche, dass intelligente Arbeitskräfte, wie z. B. ein Maschinenmeister in einer Fabrik, in der Regel und zu dem Zwecke aufgenommen werden, um dauernd zu bleiben, konnte schon deshalb nicht zugelassen werden, weil nach § 10 ABG auf Gewohnheiten nur in den Fällen, in welchen sich ein Gesetz darauf beruft, Rücksicht genommen werden kann, hier aber klar im Gesetze ausgesprochen ist, welches Dienstverhältniss als dauernd angesehen werden kann und übrigens eine extensive Interpretation durch den Wortlaut des Gesetzes, und zwar durch das im § 1 des Gesetzes vom 29. April 1873, RGB Nr. 68, enthaltene Wörtchen „nur“ ausdrücklich ausgeschlossen ist. Es muss aber überdies hervorgehoben werden, dass der angebotene Sachverständigenbeweis mit dem obcitirten Gesetze auch schon deshalb im Widerspruche steht, weil von der Klägerin als dauerndes Dienstverhältniss ein solches angesehen wird, an dessen Fortbestande der Arbeitgeber ein Interesse hat, während das Gesetz vom 29. April 1873, RGB Nr. 68, wie aus den Motiven zu diesem Gesetze erhellt, ein dauerndes Dienstverhältniss als Voraussetzung der Execution deshalb fordert, weil, wenn das Dienstverhältniss ein dauerndes ist, die Lösung desselben dem Arbeiter oder Bediensteten nicht so leicht möglich wird, und die Gefahr der Unterbrechung der Arbeitsleistungen durch Aufgeben des Dienstes wegen Beschlagnahme des Lohnes nicht mehr so drohend ist, wie bei jenen Arbeitsverhältnissen, die mit jedem Tage rechtlich oder factisch gelöst werden können, und für welche der Arbeiter den Ersatz bald an einem andere Orte finden kann. Hiedurch erweist sich aber auch der angebotene Sachverständigenbeweis als vollständig verfehlt und ist es nach dem Gesetze vollständig gleichgiltig, dass A mehr als vier Jahre bei der geklagten Firma thätig war. Auch die Behauptung der Klägerin, dass die geklagte Firma mit dem A nach Ablauf des Jahres, für welches derselbe bei ihr fest angestellt war, keinerlei ausdrückliche Vereinbarungen getroffen habe, und dass A noch weiterhin bei der geklagten Firma bedienstet blieb, ist für die E. des vorliegenden Streites ohne jede Bedeutung, denn, selbst die Richtigkeit dieser Behauptung zugegeben, konnte daraus nicht gefolgert werden, dass A bei der geklagten Firma dauernd angestellt ist, da im Gesetze beim Lohnvertrage eine stillschweigende Erneuerung nicht vorgesehen ist, demnach mangels ausdrücklicher Vereinbarung ein Dienstverhältniss von unbestimmter Dauer angenommen werden muss, bei welchem die Kündigungsfrist durch den § 77 der Gewerbenovelle, oder, falls A nicht als Hilfsarbeiter im Sinne der Gewerbenovelle betrachtet werden kann, durch den Ortsgebrauch

bestimmt wird. Es ist also im vorliegenden Streite der Klägerin der ihr obliegende Beweis, dass A bei der geklagten Firma im Sinne des Gesetzes vom 29. April 1873, RGB Nr. 68, dauernd angestellt ist, nicht gelungen, und musste demzufolge die Klägerin mit ihrer Klage ohne Rücksicht auf den von der geklagten Firma angebotenen Gegenbeweis abgewiesen werden.

Die II. J. hat über Appellation der Klägerin diese E. abgeändert und dem Klagebegehren Folge gegeben.

Gründe:

Der erste Richter hielt für die E. dieses Processes lediglich zwei Fragen für entscheidend, und zwar: 1. Ist die geklagte Firma zur Bestreitung der Zulässigkeit der Execution auf Grund des Gesetzes vom 29. April 1873, RGB Nr. 68, berechtigt? 2. Ist A bei der geklagten Firma im gesetzlichen Sinne dauernd angestellt? und gelangte nach dem von ihm unternommenen Versuche, diese zwei Fragen zu beantworten, dazu, dass die Klägerin mit ihrem Begehren abgewiesen wurde. Der Gerichtshof II. J. vermag die Richtigkeit der erstrichterlichen Begründung nicht anzuerkennen, und zwar in Folge nachstehender Erwägungen: Der klägerischen Firma wurde gegen ihren Schuldner A die Execution bewilligt und es wird von der Geklagten daher auch nur die Zahlung jenes Betrages verlangt, den sie von den Bezügen des A entweder wirklich zurückbehalten hat, oder unter Ausserachtlassung der gerichtlichen Anordnung nicht zurückbehalten hat, den sie aber hätte zurückbehalten sollen. Die Zahlungspflicht traf sohin nicht das Vermögen der geklagten Firma, sondern des A, und ihr vermögensrechtliches Interesse wird in keiner Weise berührt, ob sie das, was sie zu zahlen hat, an A oder an die klagende Firma zahlt; denn sie hat an die Letztere nur Das abzugeben, was sie an A sonst zu entrichten hätte. Ist die geklagte Firma nicht Executin, hat sie auch nach den gerichtlichen Aufträgen aus ihrem Vermögen an die Klägerin nicht zu zahlen, so folgt daraus, dass sie nicht berechtigt ist, der klagenden Firma gegenüber Einwendungen aus dem Rechte eines Dritten, hier des A, geltend zu machen, die der Schuldner und Execut A entweder nicht geltend machen konnte oder nicht geltend machen wollte; und dies um so weniger, als dem Executen A vorbehalten wäre, im Rechtswege sich gegen die sein Vermögen betreffende Execution zu vertheidigen; hiezu ist aber die geklagte Firma nicht berufen. Auf Grund dieser Erwägungen ist in diesem Processe und zwischen den gegenwärtigen Parteien die Frage gar nicht zu erörtern, ob A bei der geklagten Firma dauernd angestellt ist, da diese Frage auf die rechtlichen und namentlich vermögensrechtlichen Interessen, um die es sich hier allein handelt, an Seite der Geklagten keinen Einfluss übt. Im gegenwärtigen Processe genügt zum Obsiegen der Klägerin, dass A während jenes Zeitraumes, für welchen die Zahlung verlangt wird, bei der Geklagten in dienstlicher Verwendung stand und dass er sogar mehr noch als Entlohnung für seine Arbeit bezogen hat, als

die Klägerin selbst angenommen hat und dass ihm die Geklagte daher jedenfalls noch mehr hätte abziehen können, als die Klägerin selbst anspricht. Diese Umstände sind im vorliegenden Processe erheblich, sie sind auch erwiesen und es musste daher der Klage unbedingt stattgegeben werden.

Der OGH hat das U. der II. J. bestätigt.

Gründe:

Der OGH vermag weder den Ausführungen der ersten J., noch jenen der II. J. beizustimmen. Bei der zunächst zu erörternden Frage der Legimation der geklagten Firma im Prosesse geht das Gericht erster J. von der Voraussetzung aus, dass es sich um die „Bestreitung der Zulässigkeit der Execution“ handle, und erklärt die geklagte Firma für legitimirt, die Zulässigkeit der Executionsführung anzufechten. Diese Voraussetzung ist unrichtig, denn weder die klagende Firma, noch die geklagte Firma beanständen im Processe die Gesetzmässigkeit der Executionsbescheide, es war hiezu auch kein Grund vorhanden, da insbesondere der massgebende obergerichtliche Executionsbescheid die Einantwortung nicht unbedingt (als ob etwa die Erfordernisse der Executionsführung bereits sichergestellt wären), sondern bedingt bewilligt, insoweit eben dargethan sein wird, dass der Bezug des A den Betrag jährlicher 800 fl. übersteigt, und insoferne A als dauernd angestellt erscheint. Nicht um die Gesetzmässigkeit der Executionsbescheide handelt es sich, sondern blos darum, ob die Voraussetzungen vorhanden sind, unter welchen die Execution bewilligt wurde. Diese Erwägung zerstört auch die Grundlage der obergerichtlichen E., da es sich (wie erwähnt) nicht darum handelt, ob der Execut, oder ob die geklagte Firma die Executionsbewilligung im Rechtswege zu bestreiten habe, übrigens gemäss § 1 Hofd. vom 22. Juni 1836, JGS Nr. 145, ein Rechtsstreit über die Gesetzmässigkeit von Executionsbescheiden ganz ausgeschlossen ist. Die Rechtslage ist vielmehr folgende: Die klagende Firma tritt kraft Einantwortung in die Rechte des Executen A der geklagten Firma gegenüber, als ob eine Cession vorhanden wäre. Der klagenden Firma ist aber nicht der volle Bezug des Executen eingeantwortet worden, auch nicht unbeschränkt, sondern es ist ihr nur jener Theil des Bezuges, der 800 fl. übersteigt, und nur unter der Beschränkung, dass die Stellung des Executen eine dauernde ist, executiv übergeben worden. Während der einfache Cessionär dem Cessus gegenüber nur die Richtigkeit der cedirten Forderung und den Uebergang derselben an den neuen Erwerber zu behaupten, beziehungsweise zu erweisen hat, obliegt dem Cessionar kraft der in Rede stehenden Einantwortung ein Mehreres, nämlich überdies zu behaupten, beziehungsweise zu erweisen: der jährliche Lohn des Executen betrage mehr wie 800 fl. und das Dienstverhältniss desselben sei ein dauerndes; da nur unter diesen beiden Voraussetzungen die executive Einantwortung der Lohnforderung erfolgt ist. Damit ist

auch einfach die Frage der Beweislast, und zwar im Sinne der Ausführungen des ersten Richters, gelöst. Die geklagte Firma gesteht zu, dass der Execut bei ihr einen Wochenlohn von 23 fl. hat, was einem Jahreseinkommen von 1196 fl. gleichsteht, so dass nur noch die Erörterung übrig bleibt, ob das Dienstverhältniss ein dauerndes war (Gesetz vom 28. December 1887, Z. 1). Die klagende Firma, der nach dem Obigen die Last des Beweises obliegt, folgert das „dauernde" Dienstverhältniss des Executen zur geklagten Firma aus dem Umstande, dass der Execut von Anfang an auf ein Jahr in die Dienste der geklagten Firma aufgenommen und, trotzdem dieses Jahr abgelaufen ist, noch immer in den Diensten der geklagten Firma stehe. Diese Umstände gibt die geklagte Seite zu, und führt nur noch weiter an, dass nach Ablauf jenes Jahres (und zur Zeit der bewilligten Pfändung) der Execut bei ihr gegen 14tägige Kündigung weiter geblieben sei, und dass im Juli 1891 (also nach der im Monate März 1891 vollzogenen Pfändung der Bezüge des Executen) die geklagte Firma mit dem Executen eine vierwöchentliche Kündigung vereinbart habe. Andere thatsächliche Umstände sind von der Klagsseite nicht behauptet und auch von der anderen Seite nicht angeführt worden. Es ist nun allerdings richtig, dass nach dieser Sachlage nicht behauptet werden kann: „dass das Dienstverhältniss zur Zeit der Executionsführung auf ein Jahr bestimmt", oder „dass eine Kündigungsfrist von mindestens 3 Monaten einzuhalten ist", wie das Gesetz vom 26. Mai 1888, RGB Nr. 75, voraussetzt; dessenungeachtet kann aber das Dienstverhältniss des Executen zur geklagten Firma nach den besonderen Umständen dieses Falles nur als ein dauerndes behandelt werden. Es ist nämlich zu beachten, dass der Execut als Maschinenmeister eine höhere Stellung als die eines gewöhnlichen Arbeiters einnimmt, dass sein Jahreseinkommen nahezu 1200 fl. beträgt, dass er bei der geklagten Firma seit 1887 ununterbrochen in Diensten steht, so dass bei dieser nahezu fünfjährigen Verwendung nicht wohl behauptet werden kann, seine Verwendung sei keine dauernde. Diesen Erwägungen Raum gebend, hat der OGH die vom OLG ausgesprochene Zahlungspflicht der geklagten Firma aufrecht erhalten.

2767.

Wird ein Tauschgeschäft durch richterliches U. ungiltig erklärt, so tritt, falls die Rückstellung eines der Tauschobjecte bereits früher angeboten wurde, die Verbindlichkeit zur Rücknahme desselben mit dem Zeitpunkte der Anbietung und nicht erst mit dem Tage der Zustellung des U. ein.

E. v. 17. Mai 1892, Z. 5401. — (JMB 784 ex 92, Seite 116.)

Am 4. Juni 1889 hat A von B ein Paar Pferde für ein Paar Ochsen und eine Aufzahlung von 45 fl. im Tauschwege übernommen. In Folge

rechtskräftigen U. vom 30. August 1889, Z. 6179, wurde dieses Rechtsgeschäft für ungiltig erklärt und dem B aufgetragen, die Pferde von A zurückzunehmen. Nun fordert A von B eine Entschädigung für die Haltung und Fütterung dieser Pferde für die Zeit vom 4. Juni 1889 bis 1. März 1890, als dem Tage, an welchem die Pferde im Executionswege verkauft wurden, also für 269 Tage.

Die I. J. hat dem Kläger an Entschädigung, wie begehrt, für die Zeit vom 4. Juni 1889 bis 1. März 1890, den durch Sachverständige festgesetzten Betrag von 70 kr. täglich, demnach für 269 Tage 188·30 fl. zuerkannt und den B zur Zahlung derselben verurtheilt. Denn die mit dem rechtskräftigen U. vom 30. August 1889, Z. 6179, ausgesprochene Vertragsaufhebung äussert die gleiche rechtliche Wirkung, als ob das Rechtsgeschäft zwischen den beiden Theilen gar nicht abgeschlossen worden wäre. Da Geklagter der ihm auferlegten Verbindlichkeit die Pferde zurückzunehmen, nicht nachkam, ist er auch gemäss § 1042 ABG verpflichtet, dem Kläger alle rücksichtlich der Pferde aus Anlass der Haltung und Fütterung aufgewendeten Kosten für die Zeit vom Tage der Uebernahme der Pferde, d. i. vom 4. Juni 1889 bis 1. März 1890 täglich 70 kr., wie es die Sachverständigen festgesetzt haben, sonach für 269 Tage den Betrag von 188·30 fl. zu ersetzen. Es ist erwiesen, dass Kläger schon am 8. Juni 1889 dem Belangten die Pferde zurückgab, und dass der Belangte dieselben dem Kläger gleich wieder zurückstellte. Nachdem Kläger diese Pferde in seine Obsorge übernahm, so entstand ein Verwahrungsvertrag, durch welchen der Uebernehmer weder Eigenthum, noch Besitz, noch Gebrauchsrecht erwarb (§§ 957 und 958 ABG). Wenn aber dem Kläger das Gebrauchsrecht nicht zustand, so oblag ihm auch nicht die Pflicht, die Pferde zu brauchen und sie für die Arbeit zu verwenden. Es kann somit von einem Verschulden des Klägers keine Rede sein, und kann ihm diesfalls eine Verantwortung in Hinsicht auf die unterlassene Benützung der Pferde und den Ertrag gar nicht treffen.

Die II. J. hat unter Abänderung des erstrichterlichen U. erkannt: Der Geklagte sei schuldig dem Kläger an Entschädigung für die Haltung und Fütterung der Pferde, jedoch nicht für die Zeit vom 4. Juni 1889 bis 1. März 1890, sondern für die Zeit vom 5. November 1889 bis 1. März 1890, demnach für 115 Tage den Betrag per 80·50 fl. zu bezahlen. Denn die gesetzlichen Vorschriften über den Verwahrungsvertrag, insbesonders jene des § 958 ABG, können auf den vorliegenden Fall nicht zur Anwendung kommen. So lang das Tauschgeschäft nicht durch rechtskräftiges U. aufgehoben war, verblieb Kläger rechtmässiger Besitzer der vertauschten Pferde, er war berechtigt, von denselben den Gebrauch zu machen; unterliess er dies, so kann ihm hieraus ein Entschädigungsanspruch gegen den Geklagten nicht erwachsen, da letzteren in dieser Beziehung ein Verschulden nicht trifft. Für jene Zeitperiode, innerhalb welcher der richter-

liche Spruch auf Aufhebung des Tauschvertrages noch nicht erfolgt war, also vom Vertragsabschlusse, dem 4. Juni 1889, bis zum 4. November 1899, als dem Tage, an welchem die mit dem rechtskräftigen U. vom 30. August 1889, Z. 6179, bestimmte Erfüllungsfrist, die Pferde zurückzunehmen, ablief, erscheint der Entschädigungsanspruch nicht begründet. Vom 5. November 1889 änderte sich das obbezeichnete Verhältniss. Von diesem Zeitpunkte war der Kläger nicht mehr Besitzer der Pferde, sondern kann nur mehr als deren Inhaber erachtet werden, von diesem Tage stand ihm ein Gebrauchsrecht allerdings nicht mehr zu, von da an fallen die Kosten des Unterhaltes derselben bis zu ihrer am 1. März 1890 erfolgten executiven Veräusserung, also für einen Zeitraum von 115 Tagen, demnach im Betrage von 80·50 fl. dem Geklagten zur Last.

Der OGH hat das U. I. J. wieder hergestellt aus folgenden

Gründen:

Durch das U. des Civilgerichtes wird kein neues Recht geschaffen, sondern nur das vorhandene Recht definitiv anerkannt und festgestellt; es ist daher unrichtig, dass das zwischen den Streittheilen zu Stande gekommene Tauschgeschäft erst mit der Zustellung des bezirksgerichtlichen U. vom 30. August 1889, Z. 6179, als ungiltig betrachtet werden kann, und die Verbindlichkeit des Beklagten zur Rücknahme der Pferde erst mit der bewirkten Zustellung dieses U. eingetreten ist. Da durch dieses U. die Ungiltigkeit des Tauschgeschäftes declarirt wurde, so ist bei der E. des vorliegenden Rechtsstreites als Ausgangspunkt festzuhalten, dass ein rechtswirksames Tauschgeschäft zwischen den Streittheilen niemals zu Stande gekommen ist. Wenn daher der Beklagte die mit dem als ungiltig erklärten Tauschvertrage dem Kläger überlassenen Pferde zu behalten sich geweigert, dieselben dem Kläger gegen dessen Wissen und Willen zugeführt und bei ihm belassen hat, so kann letzterer für die ganze Zeit, während welcher sich die Pferde bei ihm befanden, nur als deren Inhaber, rücksichtlich Verwahrer angesehen werden, in welchem rechtlichen Verhältnisse aber er sie zu gebrauchen nicht berechtigt war. Dass er dieselben wirklich benützt und aus ihrer Verwendung einen Gewinn gezogen hätte, welcher bei dem bestandenen Rechtsverhältnisse dem Beklagten gebührt hätte, wird von diesem gar nicht behauptet.

Diese Erwägungen nebst den die rechtlichen Ansprüche des Klägers sach- und gesetzgemäss würdigenden Gründen des erstrichterlichen U. lassen dieses als gesetzlich berechtigt erscheinen, weshalb dasselbe in Stattgebung der Revisionsbeschwerde wieder herzustellen war.

2768.

Der Käufer einer Waare darf dieselbe bei vorzeitig erfolgter Lieferung in der Regel nicht zurückweisen, sondern kann nur die ihm zukommende Zahlungsfrist beanspruchen.

E. v. 17. Mai 1892, Z. 5599. — (JMB 785 ex 92, Seite 118.)

Auf Grund eines Mitte Jänner 1890 geschlossenen Vertrages hat die Firma A dem B ein Fass Cognac geliefert und verlangt nunmehr von B die Zahlung des Kaufpreises im Betrage von 216·30 fl. Der Geklagte bestreitet in der Einrede blos den Abschluss eines Kaufvertrages mit der klägerischen Firma. In der Replik wurde ein Originalbrief des Geklagten vom 12. Februar 1890 angeschlossen, aus welchem zu entnehmen ist, dass Geklagter diesen Kaufabschluss franco aller Spesen bedungen habe, und die Klageanführung dahin ergänzt, dass C als öffentlicher und berechtigter Gesellschafter der Firma A den Vertrag mit B, betreffend die Lieferung eines Fasses Cognac, abgeschlossen habe, dass hiebei eine prompte Lieferung vereinbart wurde, und dass B die Factura erhielt. Die Replik wurde vom Geklagten nicht beantwortet.

Die I. J. hat den Zuspruch des eingeklagten Betrages von 216·30 fl. s. N. von der Nichtablegung des Haupteides, „es sei nicht wahr, dass er (der Geklagte) mit dem öffentlichen Gesellschafter der Firma A, namens C, Mitte Jänner 1890 das Uebereinkommen dahin getroffen habe, dass das Fass Cognac prompt zu liefern sei“, durch den Geklagten abhängig gemacht und dies im Wesentlichen aus folgenden

Gründen:

Die nicht widersprochenen Angaben der Replik, dass B mit der Firma A durch deren Gesellschafter C einen Vertrag betreffs der Lieferung eines Fasses Cognac geschlossen habe, und dass B die Factura hierüber erhielt, müssen als wahr angenommen werden. Wird dies festgehalten, nimmt der Kläger den Originalbrief des Geklagten vom 12. Februar 1890 für sich gegen den Geklagten in Anspruch, so muss er auch den ganzen Inhalt desselben gegen sich gelten lassen. Nun behauptet Belangter in diesem Briefe, dass dieses Fass Cognac erst drei Monate nachhinein zu liefern gewesen wäre, und wird sonach durch dieses Schreiben der Widerspruch des Geklagten, dass der Cognac prompt zu liefern war, nicht behoben. Prompt liefern heisst ehebaldigst liefern, wäre dies wahr, so hat der Kläger prompt geliefert und nachgewiesen, dass er seiner Verpflichtung nachgekommen ist. Sind jedoch die brieflichen Angaben des Geklagten hinsichtlich der Lieferzeit für wahr zu halten, dann hat Kläger, welcher die Waare gleich nach dem Vertragsabschlusse lieferte, voreilig geliefert, und es entspringt aus der Natur der Sache, der Art des Geschäftes mit Beziehung auf das Vertragsobject, dass der Belangte nicht

verpflichtet gehalten werden kann, eine voreilige Lieferung als wirksam anzuerkennen, weshalb auch der zugelassene Haupteid als entscheidend sich darstellt.

Die II. J. hat den Geklagten unbedingt zur Zahlung des eingeklagten Betrages von 216·30 fl. s. N. verurtheilt. Denn in der Einrede hat der Geklagte sich darauf beschränkt, den Abschluss eines Kaufvertrages mit der Klagsfirma überhaupt zu bestreiten, hat aber die Einwendung, dass er die Uebernahme der Waare wegen deren vorzeitiger Zusendung zu verweigern berechtigt war, gar nicht erhoben. Schon aus diesem Grunde kann dieses Moment, welches eine besondere, gegen den Klagsanspruch erhobene Einwendung darstellt, blos auf Grund des von der Klagsfirma producirten Briefes des Geklagten vom 12. Februar 1890 der Replik von amtswegen nicht berücksichtigt werden.

Die Klagsfirma hat überdies in der Replik ihre Angaben über den Abschluss des Kaufvertrages mit dem Geklagten und insbesonders auch über die Vereinbarung der prompten Lieferung des Fasses Cognac wesentlich ergänzt. Diese Angaben hat der Geklagte unwidersprochen gelassen, und ist die in der Einrede enthaltene Bestreitung der Klagsanführungen nicht auch als eine Bestreitung der weitergehenden Angaben der Replik zu betrachten. Die von der Klagsfirma behauptete Vereinbarung ist demnach als von dem Geklagten stillschweigend zugestanden anzusehen und die Herstellung eines Beweises über dieselbe entbehrlich. Endlich ergibt sich aus dem Zusammenhalte der Bestimmungen der Artikel 326, 330 und 334 HG und den Protocollen der Berathung des HG (insbesonders Seite 589), dass der Käufer einer Waare dieselbe bei etwa vorzeitig erfolgter Lieferung in der Regel nicht zurückweisen dürfe, sondern nur die ihm zukommende Zahlungsfrist beanspruchen könne, und es gilt dies auch vorliegend, weil nach der Natur des Geschäfts und der Beschaffenheit des Falles nicht zu ersehen ist, dass dem Geklagten durch die etwa vorzeitig erfolgte Lieferung des Cognac irgend ein Nachtheil erwachsen konnte, und die Beschaffenheit dieses Kaufobjectes — selbst wenn für dasselbe erst später die Möglichkeit einer Verwendung eintrat — durch die frühere Lieferung in keinerlei Weise gefährdet wurde.

Da, wie auch der erste Richter annimmt, der Abschluss des Kaufvertrags über das Fass Cognac als sichergestellt anzusehen ist, da zur Zeit der Einbringung der Klage (29. Juli 1890) der Kaufpreis auch dann bereits fällig gewesen wäre, wenn die in dem citirten Briefe vom 12. Februar 1890 seitens des Geklagten behauptete Vereinbarung einer Lieferungsfrist von 3 Monaten wirklich getroffen worden wäre, war nach dem Klagebegehren unbedingt zu erkennen.

Der OGH hat das U. II. J. aus den daselbst angeführten, der Sachlage und dem Gesetze entsprechenden Gründen bestätigt.

2769.

Wenn sich zu einem Nachlasse der allein eingesetzte Testamentserbe unbedingt und ein gesetzlicher Erbe aus dem Gesetze bedingt erbserklärt, so ist zwar das Nachlassinventar aufzunehmen, doch hat der gesetzliche Erbe die Inventurskosten vorbehaltlich seiner eventuellen Ersatzansprüche vorzuschiessen.

E. v. 17. Mai 1892, Z. 5758. — (JMB 786 ex 92, Seite 119.)

In der Verlassenschaftsabhandlung nach A, in welcher B auf Grund des Testamentes des A als daselbst allein eingesetzter Erbe die Erbserklärung unbedingt überreicht und diese Erbschaft auch unbedingt angetreten hat, wurde von der I. J. der zu diesem Nachlasse auf Grund der gesetzlichen Erbfolge sich erbserklärende Erbe C mit seinen Ansprüchen auf den ordentlichen Rechtsweg gewiesen, ihm die Klägerrolle zur Bestreitung des Testamentes des Erblassers gegen den eingesetzten Erben B zugewiesen und sein Begehren um sofortige Einleitung der Verlassenschaftsabhandlung auf Grund der gesetzlichen Erbfolge, sowie um Errichtung des Nachlassinventars abgewiesen. Denn bei dem Umstande, als B auf Grund der vom Gerichte als Testament anerkannten letztwilligen Anordnung des A sich unbedingt zum Nachlasse erbserklärt hat, und dieses Testament in Bezug auf die Authenticität nicht bestritten ist und nur deshalb vom C beanständet wird, weil solches der Testator blos mit Handzeichen fertigte, ist die Verweisung des C auf den Rechtsweg in den §§ 125, 126 und 127 des Abh.-Pat. gegründet. Da die Frage, ob die bedingte Erbserklärung des C angenommen wird, erst im Rechtswege entschieden werden soll, und erst dann auf Grund einer bedingten Erbserklärung ein Inventar des Nachlasses zu errichten ist, musste das Begehren um Einleitung der Verlassenschaftsabhandlung auf Grund der gesetzlichen Erbfolge und um Errichtung des Inventars abgewiesen werden.

Die II. J. hat in der Erwägung, dass nach der Vorschrift des § 125 des Abh.-Pat. im Falle, wenn zu dem nämlichen Nachlasse mehrere Erbserklärungen angebracht werden, welche mit einander im Widerspruche stehen, alle anzunehmen sind, wie auch in der Erwägung, dass nach § 92 des bezogenen Patentes, wenn eine bedingte Erbserklärung überreicht wurde, ein Inventar des Nachlasses zu errichten ist, den erstrichterlichen B. blos dahin abgeändert, dass die Erbserklärung des C zur Gerichtswissenschaft genommen und die Errichtung und Erledigung des Nachlassinventars aufgetragen wurde, in den übrigen Absätzen wurde der erstrichterliche B., als gesetzlich begründet, bestätigt.

Der OGH hat den a. o. Revisionsrecurs des C wegen Abgangs der Bedingungen des § 16 des Abh.-Pat. zurückgewiesen, dem ordentlichen Revisionsrecurse des B keine Folge gegeben und die angefochtene oberlandesgerichtliche Verfügung wegen Aufnahme des Nachlassinventars,

jedoch mit dem Zusatze bestätigt, dass C die Kosten der Inventurserrichtung mit Vorbehalt seines eventuellen Ersatzanspruches vorzuschiessen habe, und dies aus folgenden

Gründen:

Die auf Grund der gesetzlichen Erbfolge bedingt mit der Rechtswohlthat der Inventur überreichte Erbserklärung des C ist zu Gericht angenommen worden, derselbe ist, insolang die von ihm angesprochene Intestaterbfolge durch das Versäumniss der Frist zur Ueberreichung der Erbrechtsklage oder durch die endgiltige E. über diese Klage nicht ausgeschlossen ist (§§ 125, 127 des obbezogenen Patentes), die Inventirung des Nachlasses zu begehren als berechtigt anzusehen, und demnach die von der II. J. verfügte Aufnahme des Inventars nach § 92 des bezogenen Patentes, dann nach § 802 ABG für gerechtfertigt zu halten. In Erwägung jedoch, dass C weder als Notherbe, noch als Miterbe aus dem Testamente des Erblassers auftritt, dessen Giltigkeit er im Zwecke der Intestaterbfolge bestreitet, dass er demnach sein Begehren um Errichtung des Nachlassinventars nicht auf die Vorschriften der §§ 804 und 807 ABG stützen kann; dass ferner in der Regel für jeden gerichtlichen Act die Kosten von der Partei, welche denselben veranlasst hat, unbeschadet des etwaigen Ersatzanspruches vorgeschossen werden müssen, und dass demnach die im § 111 des bezogenen Patentes statuirte Ausnahme von dieser Regel auf Fälle, welche darin nicht vorgesehen sind, nicht ausgedehnt werden darf, wird bestimmt, dass C die Kosten der begehrten Inventursaufnahme vorschussweise zu bestreiten habe.

2770.

Der zur Vorlage der Handelsbücher beauftragte Processtheil ist nicht verpflichtet, diejenigen Stellen zur Einsichtnahme zu bezeichnen, welche sich auf den schwebenden Streitpunkt beziehen.

E. v. 17. Mai 1892, Z. 5915. — (GH 36 ex 92, Seite 305.)

I. BG Aussig.
II. OLG Prag.

In der mündlich verhandelten Rechtssache der Schifffahrts-Assecuranz-Gesellschaft A gegen B pcto 5972 M. hat die I. J. über Antrag der Klägerin zum Beweise ihrer Behauptung, dass der Geklagte in der Schifffahrtsperiode des Jahres 1886 ab Aussig und Rosawitz nach den bezeichneten Relationen mindestens 800 Schiffsladungen Kohlen zur Versendung gebracht und thatsächlich in der Schifffahrtsperiode ausser dem an die Klägerin gezahlten Prämienbetrage von 664·99 M. mindestens noch den Betrag von 7395 M. an Versicherungsprämien bezahlt hat, dem B die Vorlage der Elbeverladungsbücher und das Assecuranzconto be-

treffend die Schifffahrtsperiode des Jahres 1886, eventuell im Falle der Nichtexistenz des Elbeverladungsbuches und des Assecuranzcontos der sonstigen Handelsbücher im Sinne des Art. 37 HGB aufgetragen.

Der Geklagte hat nun bei der mit B. vom 6. December 1891, Z. 21945, zur Durchführung der zugelassenen Büchereinsicht auf den 13. Jänner 1892 angeordneten Tagfahrt 13 Handelsbücher und Elbegrubenverzeichnisse mit der Erklärung zur Einsichtnahme vorgelegt, dass in diesen Büchern die Eintragungen des Jahres 1886 enthalten sind, dass aber Elbeverladebücher und das Assecuranzconto nicht geführt wurden.

In Folge dieser Erklärung wurde der Geklagte, beziehungsweise dessen Bevollmächtigter, angewiesen, bei den vorgelegten 13 Büchern und Elbegrubenverzeichnissen diejenigen Stellen zur Einsichtnahme aufzuschlagen, welche über den zugelassenen Beweissatz Aufschluss geben und mit diesem Beweissatze im Zusammenhange stehen; worauf der Bevollmächtigte erklärte, dass er diesem Auftrage nicht Folge leistet, weil derselbe ungesetzlich ist.

Die I. J. hat sohin ausgesprochen, dass die Bücher nicht vorgelegt wurden und hievon die Parteien mit B. verständigt; denn der diesbezügliche Auftrag ist im Beiurtheile vom 29. October 1891, Z. 9215, und in den handelsgesetzlichen Bestimmungen über die Vorlage der Handelsbücher vollständig begründet, da dem Richter nicht zugemuthet werden kann, den auf den Beweissatz bezughabenden Inhalt der Handelsbücher aus sämmtlichen vorgelegten Büchern herauszusuchen, und die vollständige Kenntnissnahme des ganzen Inhaltes der Handelsbücher nicht Gegenstand des Beweises ist. In dem dem Beweissatze zu Grunde liegenden Processe bestreitet der Geklagte, dass er ab Aussig und Rosawitz mindestens 800 Schiffsladungen Kohle zur Versendung gebracht hat, und dass er ausser dem an die Klägerin gezahlten Prämienbetrage von 664·99 M. mindestens noch den Betrag von 7395 M. an Versicherungsprämien gezahlt hat; er hat also, da er nach eigener Behauptung keine separaten Bücher führt, welche solche Eintragungen enthalten, jenen Inhalt der Handelsbücher nach Art. 38 HGB zur Einsichtnahme vorzulegen, welcher den Streitpunkt betrifft.

Den Recurs des B hat die II. J. abgewiesen; denn nach Art. 37 HGB kann im Laufe des Rechtsstreites der Richter auf Antrag einer Partei der Gegenpartei die Vorlegung der Handelsbücher verordnen, und es ist gemäss Art. 38 HGB, wenn in einem Rechtsstreite Handelsbücher vorgelegt werden, von dem Inhalte derselben, soweit er den Streitpunkt betrifft, unter Zuziehung der Parteien Einsicht zu nehmen und im geeigneten Falle ein Auszug zu fertigen. In dem Beiurtheile der I. J. ist der Beweissatz, über den der Beweis durch die Handelsbücher des Geklagten zugelassen wird, genau fixirt. Erachtete sich der Geklagte durch diese richterliche Verfügung beschwert, so stand ihm das Recht zu, diesfalls höheren

Ortes Beschwerde zu führen, da gemäss der Proc.-Nov. blos gegen Beiurtheile auf Zeugen und Sachverständige eine selbstständige Appellation unzulässig ist, nicht aber auch dann, wenn es dem Richter beliebt, den Beweis durch Handelsbücher in der allerdings sonst nicht gewöhnlichen Form eines Beiurtheiles zuzulassen. Nun liess aber Recurrent diese richterliche Verfügung in Rechtskraft erwachsen, weshalb es, wollte er sich nicht der Präjudiz des Schlusssatzes des Art. 37 HGB aussetzen, seine Pflicht war, dem richterlichen Auftrage nachzukommen und die auf das zugelassene Beweisthema bezughabenden Stellen seiner Handelsbücher aufzuschlagen, da es dem Richter nicht zugemuthet werden kann, sich in das Studium von 13 Büchern des Recurrenten zu vertiefen und sich die betreffenden Stellen selbst aufzusuchen, sondern es, wie aus dem Art. 38 HGB hervorgeht, Pflicht des Eigenthümers der Bücher ist, den Richter von dem Inhalte derselben, soweit er den Streitgegenstand betrifft, Einsicht nehmen zu lassen, eventuell im geeigneten Falle einen Auszug zu fertigen, was nur dann möglich ist, wenn der Eigenthümer der Bücher dem Richter genau die Stellen bezeichnet, die auf den Streitgegenstand Bezug haben; das blosse Vorlegen von 13 Stück Handelsbüchern, verbunden mit der Weigerung, die betreffenden Stellen aufzuschlagen, die auf das Beweisthema Bezug haben, ist der Nichtvorlage der Bücher gleichzuachten, weil, wie aus dem Gesagten hervorgeht, der Effect ganz derselbe ist, als wenn Recurrent seine Handelsbücher gar nicht vorgelegt hätte, weshalb der erstrichterliche B. vollkommen gerechtfertigt ist und zur Anordnung einer neuerlichen Tagfahrt kein Grund vorliegt.

Ueber den a. o. Revisionsrecurs des B hat der OGH die beiden untergerichtlichen Erledigungen, sowie das Tagsatzungsprotocoll vom 13. Jänner 1892 aufgehoben und dem BG aufgetragen, neuerlich den Beweis durch die Handelsbücher des Geklagten in Gemässheit der Art. 37 und 38 HGB aufzunehmen; in der Erwägung, dass der Geklagte bei der mit B. vom 6. December 1891, Z. 21954, zur Durchführung der zugelassenen Büchereinsicht mit dem Auftrage an den Geklagten, zu dem Termine die betreffenden Handelsbücher unter den Folgen des Art. 37 HGB vorzulegen, auf den 13. Jänner 1892 angeordneten Tagfahrt erklärt hat, dass er ein Elbeverladungsbuch und ein Assecuranzconto nicht geführt habe, daher dem erhaltenen Auftrage gemäss seine sämmtlichen Handelsbücher, in welchen Eintragungen des Jahres 1886 enthalten sind, sammt den dazu gehörigen Indexen, und zwar 3 Saldiconti mit 3 Indexen, 1 Primanota, 2 Eingangs- und Ausgangsfacturenbücher und Elbegrubenverzeichnisse vorgelegt hat;

in der Erwägung, dass hiernach der Richter dem Art. 38 HGB gemäss von dem Inhalte dieser Bücher, soweit er den Streitpunkt betrifft, unter Zuziehung der Parteien Einsicht zu nehmen und geeigneten Falles einen Auszug zu fertigen hatte;

in der Erwägung, dass hiernach der Auftrag derselben an den Geklagten, aus den vorgelegten Büchern jene Stellen zur Einsichtnahme aufzuschlagen, welche über den zugelassenen Beweissatz Aufschluss geben und mit diesem Beweissatze im Zusammenhange stehen, den citirten gesetzlichen Bestimmungen nicht entspricht, vielmehr der Geklagte durch die Vorlegung seiner Handelsbücher und Freistellung der Einsichtsnahme den Anforderungen des Gesetzes Genüge gethan hat;

und in endlicher Erwägung, dass bei dieser Sachlage über die Erklärung des Geklagten, dass er diesem Auftrage nicht Folge leiste, nicht angenommen werden kann, dass er die Bücher nicht vorgelegt babe.

2771.

Wenn eine Firma und ihre öffentlichen Gesellschafter geklagt werden, bilden die Geklagten nicht eine Streitgenossenschaft. Es kann daher darin, dass in einem solchen Falle die Klage nicht in drei Exemplaren und in der erforderlichen Anzahl von Rubriken gemäss der kaiserl. Verordnung vom 12. Mai 1852, RGB Nr. 112, eingebracht wurde, eine Nullität nicht wahrgenommen werden.

E. v. 17. Mai 1892, Z. 5919. — (GH 32 ex 92, Seite 273.)

I. HG Prag.
II. OLG Prag.

Die I. J. hat in der summarisch verhandelten Rechtssache der Handelsfirma Salomon N. gegen die Handelsfirma E. und F. und deren Gesellschafter Emerich E. und Ignaz F. wegen Zahlung einer Forderung von 293·67 fl. über Appellation beider Theile das Urtheil der I. J. sowie das ganze, demselben vorangegangene Verfahren mit Einschluss des Klagsbescheides vom 11. Juni 1890, Z. 35185, und der Klagszustellung aufgehoben und der I. J. verordnet, die Klage de praes. 10. Juni 1890, Z. 35185, der Handelsfirma Salomon N. mit der Aufforderung zurückzustellen, dieselbe nebst dem weiteren dritten Klagspare und zwei Rubriken binnen einer vom HG zu bestimmenden Frist wieder vorzulegen; denn in der Klage ist das Begehren gestellt, zu erkennen, die geklagte Handelsfirma E. und F. und deren Gesellschafter Emerich E. und Ignaz F. seien zur ungetheilten Hand schuldig, den Betrag von 293·67 fl. zu bezahlen. Nach diesem Inhalte des Klagebegehrens ist die Klage nicht nur gegen die Handelsfirma E. und F., sondern auch gegen die beiden Gesellschafter Emerich E. und Ignaz F., somit gegen Streitgenossen gerichtet. Nachdem jedoch gemäss § 386 AGO, wenn von Seite des Beklagten mehrere Streitgenossen sind, die erste Verordnung jedem derselben zugestellt werden muss, und zu diesem Zwecke gemäss kais. Verordnung vom 12. Mai 1852, RGB Nr. 112, der Bittsteller nicht nur seine Klage in drei Exemplaren

zu überreichen, sondern auch so viele Rubriken, als ausser dem zuerst genannten Gegner Streitgenossen vorhanden sind, beizulegen hat und eine gegen die Vorschrift dieses Gesetzes überreichte Schrift nicht anzunehmen, sondern von Amtswegen zurückzuweisen ist, so ist vorliegend, wo die Klage blos in zweifacher Ausfertigung eingebracht und nur der geklagten Firma E. und F., dagegen jedoch nicht den mitgeklagten Streitgenossen zugestellt wurde, der Klagsbescheid vom 11. Juni 1890, Z. 35185, wider die citirten gesetzlichen Vorschriften erlassen worden, demnach das ganze, auf diesen Bescheid sich stützende Verfahren nebst dem geschöpften U. null und nichtig, weshalb dasselbe gemäss § 265 AGO umsomehr aufgehoben und gemäss der citirten kaiserl. Verordnung die Klage zur Verbesserung zurückgestellt werden musste, als es nicht angeht, ein U. gegen Streittheile zu fällen, denen die Klage gar nicht zugestellt worden ist.

Dem Revisionsrecurse der klägerischen Firma hat der OGH Folge zu geben, die angefochtene oberlandesgerichtliche E. aufzuheben und der II. J. aufzutragen befunden, mit der meritorischen E. über die von beiden Streittheilen erhobenen Appellationsbeschwerden vorzugehen; denn mit Rücksicht auf die Processlage ist die Frage der Erörterung zu unterziehen, ob durch die von der klägerischen Firma überreichte Klage eine passive Streitgenossenschaft begründet würde. Das OLG vermeint den Bestand einer Streitgenossenschaft in dem Inhalte des Klagebegehrens zu finden, welches das Erkenntniss anstrebt, dass die geklagte Handelsfirma E. und F. und deren Gesellschafter Emerich E. und Ignaz F. zur ungetheilten Hand schuldig seien, den Betrag von 293·67 fl. zu bezahlen. Dieser Ansicht vermag jedoch der OGH nicht beizupflichten. Nach § 386 AGO und nach der kaiserl. Verordnung vom 12. Mai 1852, RGB Nr. 112, werden unter Streitgenossen diejenigen mehreren Personen verstanden, welche aus einem specifisch gleichen Rechtsgrunde klagen oder geklagt werden und daher als Kläger oder Geklagte dem Gegner gegenübertreten. Das rechtliche Wesen einer Streitgenossenschaft hat also das Zusammentreffen einer Mehrheit von Personen zur Voraussetzung, welche ein gemeinschaftliches Interesse an einem Rechtsgeschäfte verbindet. Dieses charakteristische wesentliche Moment der Mehrheit von Personen kann jedoch bei einer offenen Handelsgesellschaft, zu welcher auch die geklagte Firma zu zählen ist, nicht als vorhanden angenommen werden, wenn erwogen wird, dass die Firma gemäss Art. 15 HGB keine von den öffentlichen Gesellschaftern abgesonderte Person bildet, sondern nur der Name ist, unter welchem von dem Kaufmanne, beziehungsweise nach Art. 17 HGB von den Gesellschaftern das Geschäft betrieben und die Unterschrift abgegeben wird, und wenn ferner in Erwägung gezogen wird, dass zufolge Art. 119 HGB wohl die Privatgläubiger eines Gesellschafters auf das Vermögen der Gesellschaft nicht greifen dürfen, dagegen aber der Gläubiger der Firma laut Art. 112 und 113 HGB auf alles Vermögen der solidarisch

für die Schulden der Firma haftenden öffentlichen Gesellschafter Execution zu führen berechtigt erscheint, zumal das Wesen der offenen Gesellschaft darin besteht, dass durch dieselbe eine Gemeinschaft des Handelsgewerbes, der Handelsfirma, sowie der Rechte und Pflichten, insbesondere die solidarische Haftung sämmtlicher Gesellschafter für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft begründet wird. Hieraus folgt, dass immer die einzelnen Gesellschafter die Träger der der offenen Handelsgesellschaft zukommenden Rechte und Verbindlichkeiten sind, und dass, wie aus Art. 111 HGB zu entnehmen ist, die Gesellschaft dritten Personen gegenüber als eine Einheit aufzufassen ist, woraus sich weiter ergibt, dass die Gesellschaft unter ihrer Firma klagen und geklagt werden kann, dass es also nicht nothwendig ist, sämmtliche Gesellschafter als Kläger oder Geklagte mit Namen anzuführen. Es ist also auch die Schlussfolgerung gegründet, dass ein öffentlicher Gesellschafter nicht als Streitgenosse seiner eigenen Gesellschaft aufgefasst werden könne. Wenn daher das Klagebegehren auch auf die öffentlichen Gesellschafter der belangten Firma lautet, so lässt sich hierin nur die Tendenz erblicken, eventuell ein gegen die Gesellschaft ergehendes U. auch gegen die Gesellschafter zur Geltung bringen zu können. Auch kann nicht übersehen werden, dass die Zustellung der Klage nach dem eigenen Begehren des Klägers entweder an den Gesellschafter Emerich E. oder an den Gesellschafter Ignaz F. zu geschehen hatte, dass die Zustellung der Klage an die belangte Firma anstandslos erfolgte, und dass letztere durch ihre Repräsentanten sich in die Verhandlung eingelassen hat, ohne dass dieselben in der Verhandluug oder in der Appellation das vom OLG hervorgehobene Gebrechen gerügt hätten. Diesen Erörterungen zufolge lässt sich die vom OLG bemängelte Nullität als zu Recht bestehend nicht erkennen, am allerwenigsten aber erscheint die Aufhebung des ganzen Verfahrens mit Einschluss des Klagsbescheides und der Klagszustellung im Gesetze gerechtfertigt, weil die angedeutete Nichtigkeit selbst dann, wenn sie de facto als existent angenommen werden wollte, gemäss Resolution vom 31. October 1785, JGS Nr. 489, lit. ooo der gründlichen oberlandesgerichtlichen E. in der Hauptsache nicht entgegensteht. Es musste demnach dem Revisionsrecurse der klägerischen Firma stattgegeben und unter Behebung der obergerichtlichen E. der II. J. das Eingehen in die meritorische E. über die vorliegenden Appellationsbeschwerden aufgetragen werden.

2772.

Das auf ein Erbgut mit dem Vorbehalte des § 822 ABG erzielbare Pfandrecht kann auch behufs Hereinbringung (nicht blos Sicherstellung) einer Forderung bewilligt werden.

E. v. 17. Mai 1892, Z. 6134. — (NZ 36 ex 93, Seite 223.)

Die I. J. hat über das Gesuch des Georg R. de praes. 20. Februar 1892, Z. 505, auf Grund der mit der Vollstreckbarkeitsclausel versehenen notariellen Ausfertigung der Schuldurkunde vom 24. December 1885 die Einverleibung des executiven Superpfandrechtes auf das den Schuldnern Anton und Josefa S. nach ihrer am 16. Jänner 1892 verstorbenen minderjährigen Tochter Johanna S. als deren gesetzlichen Erben angefallene, für Letztere auf der Realität Einl.-Zahl 115 des Grundbuches der Katastralgemeinde L haftende Satzcapital per 968·21 fl. zur Hereinbringung der Capitalsforderung des Georg R. per 261 fl. unter dem Vorbehalte rücksichtlich der Beschränkung des § 822 ABG bewilligt,

Ueber den Recurs der Eheleute Anton und Josefa S. hat die II. J. den angefochtenen B. dahin abgeändert, dass die Einverleibung des executiven Pfandrechtes für obige Forderung des Georg R. per 261 fl. nur zur Sicherstellung derselben auf die dem Anton und der Josefa S. erblich angefallene, für ihre minderjährige verstorbene Tochter Johanna S. auf der Realität Einl.-Z. 115 des Grundbuches der Katastralgemeinde L. haftende Forderung per 968·21 fl. mit dem ausdrücklichen Vorbehalte des § 822 bewilligt werde; dies in Erwägung, dass die Forderung des Georg R. gegen Anton und Josefa S. durch den dem Gesuche Z. 505 beiliegenden Notariatsact ddto. 24. December 1885 nachgewiesen ist, durch den beigebrachten Todtenschein der Tod der im Alter von 13 Jahren verstorbenen Johanna S., die darin als Tochter der Eheleute Anton und Josefa S. bezeichnet ist, nachgewiesen ist, damit aber auch das gesetzliche Erbrecht ihrer Eltern auf die im obigen Grundbuche für die minderjährige Johanna S. haftende Satzforderung per 968·21 fl. einem berechtigten Zweifel nicht unterliegt, und nach § 822 ABG den Gläubigern des Erben noch vor der Einantwortung der Erbschaft und selbst vor eingebrachter Erbserklärung auf diese den Erben nach §§ 531, 533 und 336 ABG angefallene Erbschaft, deren Anfall Recurrent selbst im Recurse anerkennt, jedoch nur zur Sicherstellung, Pfändung oder Vormerkung ertheilt werden kann.

Dem Revisionsrecurse des Georg R. hat der OGH stattzugeben, und den erstrichterlichen B. wieder herzustellen befunden.

Diese E. beruht auf der Erwägung, dass nach § 3 der NO auf Grund des mit der Vollstreckbarkeitsclausel versehenen Notariatsactes ddto. 24. December 1885 allerdings die Execution zur Hereinbringung der bereits seit 24. März 1886 fälligen Forderung des Georg R. per 261 fl.

angesucht und bewilligt werden konnte; dass nach § 822 ABG dem Gläubiger des Erben gestattet ist, das demselben angefallene Erbgut auch vor der an ihn erfolgten Einantwortung mit Pfändung zu belegen; dass jedoch eine solche Pfändung (Sicherstellung) nur mit dem ausdrücklichen Vorbehalte ertheilt werden kann, dass sie den bei der Abhandlung der Vlft. vorkommenden Ansprüchen unnachtheilig und erst von Zeit der erlangten Einantwortung wirksam sein soll; dass aus dieser gesetzlichen Bestimmung keineswegs abzuleiten ist, dass auf ein solches dem Schuldner angefallenes Erbgut vor dessen Einantwortung kein executives Pfandrecht zur Hereinbringung einer fälligen Forderung, sondern nur zur Sicherstellung einer solchen, also nur ein sicherstellungsweises Pfandrecht ertheilt werden kann; dass daher in dem vorliegenden Falle dem Georg R. auf Grund des obigen Notariatsactes pto. seiner Forderung von 261 fl. und zwar behufs Hereinbringung und nicht blos Sicherstellung derselben das executive Pfandrecht rücksichtlich Superpfandrecht auf die für die am 16. Jänner 1892 verstorbene minderjährige Johanna S. haftende Satzforderung per 968·21 fl., welche deren Eltern Anton und Josefa S. als gesetzlichen Erben angefallen ist, mit der Beschränkung des § 822 ABG allerdings ertheilt werden konnte; dass daher der dem entsprechende erstrichterliche B. über den Revisionsrecurs des Executionsführers wieder herzustellen war.

2773.

Bei Rückzahlung vor dem Jahre 1879 begründeter Schulden in österreichischer Währung kommt das Finanzpatent von 1811 in Betracht, daher die Umrechnung nach dem Verhältnisse der österreichischen Währung zur Wiener Währung zu erfolgen hat.

E. v. 17. Mai 1892, Z. 4983. — (Sp. VI ex 92, Seite 369.)

Das in I. J. abgewiesene Klagebegehren, welchem die II. J. stattgab, wurde vom OGH gleichfalls abgewiesen, aus folgenden

Gründen:

Streitig erscheint nur die Frage, ob durch die Zahlung jährlicher 42 fl. der . . . übernommenen Verbindlichkeit des jeweiligen Besitzers der Herrschaft E. auf Leistung einer jährlichen Gelddotation von 100 fl. (rheinisch) an die Pfarre E. Genüge geleistet ist, oder ob, wie in der Klage behauptet wird, diese Jahresdotation 105 fl. zu betragen hätte, welche Frage in I. J. zu Gunsten des B entschieden wurde. Es handelt sich hier um eine Rechtsurkunde, welche vor dem Jahre 1799 über eine Jahresrente in rheinischer Währung zu Stiftungszwecken errichtet worden ist, in Ansehung welcher nach der mit dem Patente vom 27. April 1858, RGB Nr. 63 erfolgten Einführung der österreichischen Währung als

Landeswährung sich nunmehr die Frage ergibt, nach welchem Massstabe die Umrechnung derselben in österreichische Währung zu geschehen habe. In Folge der Münzconvention vom 21. September 1753 und des Pat. vom 12. Jänner 1754 bestand in den österreichischen Erblanden die Conventionsmünze nach dem Zwanzigguldenfusse, das ist aus einer Mark Feinsilber 20 Silbergulden, als die gesetzliche Landeswährung und die vordem, und zwar zur Zeit der Errichtung der Urkunden (1676) bestandene rheinische Währung war mit der Conventionsmünze (Zwanzigguldenfuss) ganz gleichwerthig. Im Jahre 1762 wurde neben dem Silbergelde ein Papiergeld (Bancozettel) eingeführt, welches bis zum Jahre 1799 mit dem Silbergelde gleichen Werth behielt, obwohl schon im Jahre 1799 dessen freier Umtausch gegen Silbergeld eingestellt werden musste. Vom Jahre 1799 angefangen aber unterlagen die Bancozettel einem Disagio gegen Silbergeld, welches von da ab immer höher stieg und im Jahre 1811, als das umlaufende Papiergeld den Betrag von 1060 Millionen erreicht hatte, sich auf den Curs von 500 fl. Papiergeld gegen 100 fl. Silber stellte. Unter diesen Umständen wurde das Pat. vom 20. Februar 1811, JGS Nr. 929, erlassen, als dessen Tendenz im Eingange desselben die allmälige Verminderung des bereits bestehenden Papiergeldes und die dadurch mögliche Gleichstellung mit dem Silbergelde bezeichnet wird. Nach § 3 dieses Pat. wurden, vom 15. März 1811 an, die Bancozettel, deren Curs vom Jahre 1796 an schwankend wurde und im October 1810 sogar bis auf 552 gestiegen war, gegen Einlösungsscheine und Conventionsmünze auf den fünften Theil ihres Nennwerthes bestimmt. Nach § 4 dieses Pat. sind die Einlösungsscheine an die Stelle der Bancozettel als das einzige Papiergeld in den Erbstaaten getreten und wurden laut § 8 cit. v. 15. März 1811 an, nach ihrem vollen Nennwerthe und bis letzten Jänner 1812 auch die Bancozettel, diese jedoch nach dem fünften Theile ihres Nennwerthes, als Wiener Währung und die einzige Valuta für das Inland erklärt. In dieser Währung mussten laut § 9 cit v. 15. März 1811 angefangen, alle Contracte zwischen den Unterthanen, soferne sie sich nicht etwa auf das Ausland bezogen, abgeschlossen, laut der §§ 11—15 aber Zahlungen, welche sich auf frühere Contracte oder sonstige Verpflichtungen gründeten und nicht in einer besonderen, bestimmten Münzsorte bedungen waren, wenn sie erst nach dem 15. März 1811 fällig wurden, nach dem Durchschnittscursverhältnisse, in welchem das Papiergeld gegen Conventionsmünze in dem Monate gestanden war, wo die Verpflichtung eingegangen wurde, in Einlösungsscheinen oder bis Ende 1812 im fünffachen Bancozettelbetrage sowohl bezüglich des Capitals als der Zinsen berichtigt werden, und war endlich der Curs der Bancozettel bis Ende des Jahres 1798 al pari mit der Conventionsmünze angenommen, vom Jahre 1799 bis Ende September 1810 von Monat zu Monat in der dem Pat. beigefügten Tabelle (Scala) angedeutet und vom 1. October 1810

bis 12. März 1811 zu 500 angesetzt worden. Aus diesen Bestimmungen und aus den in Folge Allerhöchster Entschliessung mit dem Hofd. vom 13. November 1811, JGS Nr. 962, bekanntgegebenen Belehrungen ergibt sich, dass der durch die Münzconvention vom 21. September 1753 in Oesterreich begründete Zwanziggulden-Münzfuss wohl bestehen gelassen wurde, dass aber mit den Einlösungsscheinen eine eigene Währung, bezeichnet als Wiener Währung, als die einzige Valuta für das Inland eingeführt worden ist. Dieser Bestimmung kann nicht die Bedeutung eines blossen Zwangscurses der Einlösungsscheine beigelegt werden, da unter Zwangscurs doch nur die gesetzliche Bestimmung, wonach Jedermann gehalten ist, das Papiergeld bei allen Zahlungen nach seinem vollen Nennwerthe anzunehmen, verstanden wird. Es waren damit vielmehr, da nach dem 15. März 1811 alle Zahlungen, selbst jene aus den Schuldverschreibungen, Contracten und sonstigen Urkunden, worin die Zahlung ganz in klingender Münze überhaupt bedungen war, in Wiener Courant, das ist in Einlösungsscheinen zu leisten waren und eine in einer bestimmten Münzsorte bedungene Zahlung eine Ausnahme bildete, alle zur Zeit der Kundmachung des Finanzpatentes vom 20. Februar 1811 bestandenen, nicht auf eine bestimmte Münzsorte lautenden Forderungen aus Privatanlehen, Contracten und sonstigen Verpflichtungen in Papiergeldforderungen (an Capital und Interessen) umgewandelt worden und sind es auch geblieben. Hievon sind auch die aus vor dem Jahre 1799 ausgestellten Schuldscheinen, Contracten und sonstigen Verpflichtungen entsprungenen Zahlungen nicht ausgenommen. Denn nach § 12 Finanzpatent sind auch diese zwar nach dem vollen Betrage, aber in Wiener Courant, nämlich in Einlösungsscheinen, oder im fünffachen Betrage in Bancozetteln — später in den zufolge der Pat. vom 16. April und 7. Mai 1813 ausgegebenen, im Werthe den Einlösungsscheinen gleichgestellten Anticipationsscheinen, sowohl an Capital als an Interessen, zu leisten. Zwar lauteten die Einlösungsscheine sowie die Anticipationsscheine auf Conventionsmünze, allein die durch die Zeitereignisse nothwendig gewordene wiederholte Ausgabe von Anticipationsscheinen führte wieder das Sinken und eine thatsächliche Devalvirung des sogenannten Wiener Währungs-Papiergeldes herbei. Das Pat. vom 1. Juni 1816, JGS Nr. 1248, verfügte die freiwillige Einlösung des vorhandenen Papiergeldes und die Zurückführung der Geldcirculation auf die Grundlage der conventionsmässig ausgeprägten Metallmünze und gestattete im § 3, in schriftlichen Urkunden Verträge auf conventionsmässig und andere Gold- und Silbermünzen oder Papiergeld abzuschliessen, gleichwohl aber erklärte es, dass ausserdem vorderhand der § 9 Pat. vom 20. Februar 1811 noch seine volle Wirksamkeit behalte. Das Hofd. vom 25. October 1817, JGS Nr. 1382, mit welchem die im § 3 Pat. vom 1. Juni 1816 ausgesprochene vorangeführte Gestattung auch auf mündliche Verträge und Verabredungen ausgedehnt wurde,

enthielt insbesondere Alinea 3 die Bestimmung, dass in den Fällen, in welchen das Uebereinkommen nur auf Geldsummen überhaupt, ohne nähere Bestimmung der Valuta, gerichtet ist, die gesetzliche Vermuthung stets für die Wiener Währung einzutreten habe. Aus diesen Bestimmungen ergibt sich, dass die mit dem Pat. vom 20. Februar 1811, JGS Nr. 929, eingeführte Wiener Währung auch fortan als gesetzlich bestehend anerkannt und die durch dieses Pat. erfolgte Regulirung der Zahlungen, welche sich auf früher eingegangene Verbindlichkeiten gründete, sowie die Umwandlung aller auf die vor dem Jahre 1799 begründeten Forderungen (mit Ausnahme jener, welche auf eine besondere Münzsorte lauteten) in Papiergeldforderungen aufrecht erhalten wurde. Würde diesfalls noch ein Zweifel bestehen, so ist derselbe gewiss durch den Inhalt des an alle Landesstellen ergangenen Hofd. vom 28. December 1820 beseitigt, welches lautet: Von einem Fiscalamte ist die Behauptung aufgestellt worden, dass die rechtliche Wirksamkeit der auf die Privatverhältnisse und Geldangelegenheiten sich beziehenden §§ 9 und 12 Finanzpatent vom 20. Februar 1811 durch den § 3 des späteren Finanzpatents vom 1. Juni 1816 und durch die in Folge Allerhöchster Entschliessung erflossenen Justizhofd. vom 28. Februar und 15. October 1817 aufgehoben worden sei, dass daher die in älteren Zeiten in schwerer Münze dargeliehenen oder scalamässig berechneten Capitalien nicht mehr nach den Bestimmungen des Finanzpatents vom Jahre 1811 blos in Einlösungsscheinen gezahlt werden können, sondern nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen in Metallmünze zu zahlen sind. Da aber der § 3 Pat. vom 1. Juni 1816 sowohl als die beiden erwähnten Hofd. nach ihrem ausdrücklichen Inhalte erst vom Tage ihrer Kundmachung in rechtliche Wirkung getreten sind, so folgt von selbst, dass für die vorhergegangenen Fälle die §§ 9 und 12 Finanzpatent vom Jahre 1811 noch immer zur Richtschnur zu dienen haben. Die mit dem Pat. vom 1. Juni 1816 eingeführten Einlösungsmodalitäten und die in Gemässheit desselben stattgefundene Umwechslung des Papiergeldes, welches in der Folge in dem Werthe zu 250 fl. für 100 fl. Conventionsmünze von den Parteien eingelöst wurde, machte, dass dieser Werth sich bleibend feststellte. Mit der Allerhöchsten Entschliessung vom 23. Juli 1819, kundgemacht mit dem Hofd. vom 18. August 1820, JGS Nr. 1689, wurde verordnet, dass die seit dem Militärjahre 1819 in Metallmünze zu entrichtende Dominical-Steuerquote nach dem Cursverhältnisse von 250 Percent auf Papiergeld zurückgeführt werde. Damit wurde gesetzlich dieser Curswerth des Papiergeldes, nämlich der Einlösungs- und Anticipationsscheine, anerkannt. Auch das mit Circularverordnung vom 1. März 1820 kundgemachte Pat. vom 23. Februar 1820 (§ 6) und das Hofd. vom 26. Juni 1820, Z. 659 (§ 28), verfügen in Ansehung der Hauszinssteuerfassionen, dass die in Papiergeld stipulirten Zinsungen nach dem Curse von 250 auf Metallmünze zu reduciren und auch in dieser Valuta

anzusetzen sind. Nachdem mit dem Pat. vom 19. September 1857, RGB Nr. 169, die Einführung der neuen österreichischen Währung angeordnet worden war, wurde in der Verordnung vom 27. April 1858, RGB Nr. 64, § 2 verfügt, dass bis zum 1. Juni 1858 das Wiener Währungspapiergeld, welches in Gemässheit des Pat. vom 20. Februar 1811 hinausgegeben worden war, noch bei Zahlungen, die in Conventionsmünze zu leisten sind, nach dem Verhältnisse von 250 fl. Wiener Währung zu 100 fl. Conventionsmünze anzunehmen sei und im § 3, dass, wer nach den bestehenden Gesetzen eine Zahlung in Wiener Währungs-Papiergeld zu leisten verpflichtet ist, dieselbe, solange die Währung des Zwanzigguldenfusses gesetzlich besteht, in dieser Währung nach dem Verhältnisse von 250 fl. Wiener Währung zu 100 fl. Conventionsmünze, dann aber nur in der österreichischen Landeswährung nach dem Verhältnisse von 100 fl. Wiener Währung zu 42 fl. (das ist der neuen österreichischen Währung) leisten kann. Da nach dem Vordargestellten auch alle vor dem Pat. vom 20. Februar 1811 gemachten Privatanlehen, sowie alle aus Contracten oder sonstigen Verpflichtungen entspringenden Zahlungen, insoferne die Schuldscheine, Contracte und Verpflichtungen vor dem Jahre 1799 ausgestellt, errichtet und eingegangen worden waren und nicht auf eine bestimmte Münzsorte lauteten, nach § 12 Pat. vom 20. Februar 1811, vom 15. März 1811 angefangen, in Wiener Courant, nämlich in Einlösungs-, später Anticipationsscheinen, zu zahlen waren und der Zwanzigguldenfuss bis zur Einführung der österreichischen Währung gesetzlich bestand, so sind auch diese nach den bestehenden Gesetzen in Wiener Währung zu leistenden Zahlungen, derzeit, nachdem der Zwanzigguldenfuss gesetzlich aufgehört hatte, nach dem Verhältnisse von 100 fl. Wiener Währung zu 42 fl. der neuen österreichischen Währung zu leisten und ist in Uebereinstimmung damit im § 5 Pat. vom 27. April 1858, RGB Nr. 63, der Umrechnungsmassstab für 100 fl. sogenannter Wiener Währung gleich 42 fl. österreichischer Währung bestimmt. Wenn in den Gründen des obergerichtlichen U. darauf hingewiesen wird, dass der B sich auf den § 3 Verordnung vom 27. April 1858, RGB Nr. 64, deshalb nicht berufen könne, weil in Folge des Pat. vom 20. Februar 1811 bis zur Einführung der österreichischen Währung, rücksichtlich bis 1. Juli 1858, wohl für den jeweiligen Besitzer der Herrschaft E. die Berechtigung bestand, die in der Urkunde vom 28. August 1676 bestimmte Jahresdotation von 100 fl. in Wiener Währungs-Papiergeld zu leisten, nicht aber eine Verpflichtung hiezu, während allerdings das Pfarramt E. sich mit dieser Zahlung in Wiener Währung begnügen musste, so ist diesfalls zu bemerken, dass dieser Anschauung der Wortlaut des § 12 Pat. vom 20. Februar 1811: „Alle vor dem gegenwärtigen Patente gemachten Privatanlehen sowie alle aus Contracten oder sonstigen Verpflichtungen entspringenden Zahlungen, insoferne die Schuldscheine, Contracte und Ver-

pflichtungen vor dem Jahre 1799 ausgestellt, errichtet und eingegangen worden sind, müssen nach dem vollen Betrage in Wiener Courant, nämlich in Einlösungsscheinen oder in fünffachem Betrage in Bancozetteln geleistet werden", sowie der Umstand entgegensteht, dass, wie in dem bereits citirten Hofd. vom 28. December 1820 ausgesprochen wurde, der § 12 des Finanzpatents vom 20. Februar 1811 durch das Pat. vom 1. Juni 1816 (§ 3) durchaus nicht aufgehoben worden ist. Dass ein diesbezügliches Argument, auch ganz abgesehen hievon, ganz hinfällig wäre, ergibt sich aber auch noch aus der Betrachtung, dass doch gewiss nur von entscheidender Bedeutung sein kann, zu welchem Masse der Leistung der Schuldner, sei es vertragsmässig, sei es nach dem Gesetze, verpflichtet erscheint, da doch jedem Schuldner gewiss das Recht zusteht, seinem Gläubiger auch ein Mehreres, als was derselbe anzusprechen berechtigt wäre, zu leisten. Da sonach der B durch die von den Klägern zugegebene Zahlung von 42 fl. als Jahresdotation an den Pfarrer in E. der dem jeweiligen Besitzer der Gutsherrschaft aus der Urkunde vom 28. August 1676 obliegenden Verpflichtung zu einer Jahresdotation von 100 fl. rheinisch entsprochen hat, erscheint das Klagebegehren nicht begründet und musste daher in Stattgebung der Revisionsbeschwerde des B das obergerichtliche U. abgeändert und das das Klagebegehren abweisende erstrichterliche U. wieder hergestellt werden.

2774.

Der Besteller eines Werkes tritt zu jenem Dritten, dem der Bestellte die Ausführung der Arbeit übertrug, in kein Rechtsverhältniss, auch dann nicht, wenn der Bestellte das vom Besteller erhaltene Geld zur Bezahlung jenes Dritten verwendet.

E. v. 18. Mai 1892, Z. 5656. — (GH 47 ex 92, Seite 399.)

I. BG Eger.
II. OLG Prag.

Amalia H. bestellte bei dem Instrumentenhändler Martin L. ein Piano, welches binnen vier Wochen zu liefern war, und leistete ihm darauf Anzahlungen im Gesammtbetrage von 212 fl. ö. W. Martin L. vereinbarte mit dem Pianobauer B, dass ihm der Letztere ein Piano binnen vier Wochen anzufertigen habe und bezahlte darauf in einzelnen Theilbeträgen obige Summe von 212 fl. ö. W. Das Piano wurde innerhalb der vereinbarten Frist nicht geliefert und Martin L. musste der Amalia H. den Betrag von 212 fl. wieder ersetzen. Derselbe trat nun die ihm hier gegen B zustehende Forderung auf Rückstellung der geleisteten Anzahlungen im Gesammtbetrage von 212 fl. an den A ab, welcher die Erben des mittlerweile verstorbenen B auf Zahlung dieser Summe belangte. Er legte die Cession, Beilage A, und eine schriftliche, mit der Unterschrift des B ver-

sehene Bestätigung vom 1. Februar 1890 als Beilage C vor, worin B den Empfang der Anzahlungen per 212 fl. für ein nach den Angaben des Martin L. anzufertigen des Piano bestätigt und anführt, dass Martin L. für das fertiggestellte Instrument noch 118 fl. zu erlegen schuldig sein werde.

Die I. J. erkannte auf den Haupteid darüber, dass Martin L. bei B ein Piano mit der Festsetzung einer vierwöchentlichen Lieferungsfrist bestellt, darauf Anzahlungen im Gesammtbetrage von 212 fl. an B geleistet habe, das bestellte Piano aber in der bestimmten Frist nicht geliefert worden sei.

Gründe:

Durch die Klagsbeilage A ist gemäss §§ 113 und 114 AGO rechtlich erwiesen, dass Martin L. die ihm aus Anlass des Kaufes eines Pianos bei dem nunmehr verstorbenen B angeblich zustehende Forderung von 212 fl. am 17. November 1890 rechtsförmig in das Eigenthum des A abgetreten hat und ist hiedurch dessen Legitimation zur Anstrengung der vorstehenden Klage gegen die Erben des B von selbst gegeben. Da nun Letztere diese Forderung bestreiten und insbesondere widersprechen, dass Martin L. im Mai 1889 bei B ein Piano mit der Bestimmung eines vierwöchentlichen Lieferungstermines bestellt und darauf 212 fl. bezahlt habe, sowie dass das bestellte Piano nicht geliefert wurde, so ist dieser Umstand, da der Kläger seinen Anspruch auf Rückzahlung dieser an B bezahlten Summe von 212 fl. auf die §§ 1151, 1152 und 1162 ABG stützt, nach § 104 AGO zu erweisen. Da nun die Urkunde C für sich allein keinen Beweis über die erfolgte Bezahlung der 212 fl. bildet, indem bei vorliegendem Widerspruche nicht nachgewiesen werden konnte, dass die Unterschrift des B von demselben selbst oder mit dessen Zustimmung von einem Dritten auf dieser Urkunde niedergeschrieben worden ist und weitere Beweise durch Zeugen mangeln, so wurde auf diesen Haupteid erkannt.

Ueber Appellation der Geklagten fand die II. J. diese E. abzuändern und die Klage gänzlich abzuweisen mit folgender

Begründung:

Es mag immerhin sein, dass Martin L. seinerzeit das fragliche Piano bei B im eigenen Namen und ohne die Person der Amalia H zu erwähnen, bestellte. Daraus folgt aber noch nicht, dass Martin L. auch der Eigenthümer der ihm von Amalia H. inhaltlich seiner Protocollaräusserung von der Letzteren übergebenen Beträge von 92, 40 und 80 fl. geworden sei. Denn aus den eigenen Anführungen des Klägers geht hervor, dass Martin L. die behaupteten Zahlungen an B mit dem Gelde der Amalia H. geleistet hat. Denn daraus, dass nach der Angabe des Klägers die Amalia H., die übrigens gar nicht mehr zu eruiren ist, das Piano bei Martin L. be-

stellte, während dieser wieder die Verfertigung des Pianos dem B übertrug, würde allerdings nur folgen, dass Martin L. der factische Besteller des Pianos war, während bezüglich der dem Martin L. von Amalia H. übergebenen Beträge dadurch, dass Martin L. diese ihm zu dem Zwecke, dass er die Bestellung ausführe, übergebenen Beträge wieder an B, damit dieser die Bestellung effectuire, übergab, dieser der Schuldner der Amalia H. wurde, wenngleich auch Martin L. durch sein Vorgehen der Letzteren gegenüber eventuell ersatzpflichtig blieb.

Dass Amalia H. auch wusste, dass ihr eigentlicher Schuldner B war, geht auch daraus hervor, dass Kläger selbst angibt, dass, als B das Piano nicht lieferte und Amalia H. den Martin L. drängte, die ihm von ihr übergebenen Beträge rückzustellen, Martin L. die Amalia H. selbst zu B führte, damit sie sich überzeuge, dass der Bau des Pianos im Zuge sei, und dass erst, als die Amalia H. erklärte, das Piano, weil es in der bestimmten Zeit nicht geliefert worden war, nicht mehr zu übernehmen, Martin L. sich genöthigt sah, mit Amalia H. die behauptete Auseinandersetzung zu pflegen. Bei dieser Auseinandersetzung musste Letztere ihre Forderungsansprüche gegen B an Martin L. ausdrücklich abtreten, um diesen gegenüber dem B forderungsberechtigt zu machen.

Trotz der mit der obergerichtlichen E. vom 2. December 1891, Z. 27349, in dieser Richtung angeordneten Ergänzungsverhandlung hat Kläger diesen wichtigen Umstand zu erweisen nicht vermocht und vielmehr die Behauptung aufgestellt, dass eine solche Cession gar nicht nöthig gewesen sei, da der Amalia H. gegen B eine Forderung überhaupt nicht zugestanden sei.

Bei dieser Sachlage konnte Martin L. aber auch eine ihm gegen B zustehende Forderung nicht an den Kläger abtreten.

Ueber Appellation der Geklagten war das erstrichterliche U. daher abzuändern und der Kläger mit seiner Klage und dem darin gestellten Begehren abzuweisen.

Der OGH dagegen stellte in Folge Revision des Klägers das U. der I. J. wieder her.

Gründe:

Der Kläger behauptet, dass Martin L. bei dem nun verstorbenen B ein Piano gegen dem bestellte, dass dasselbe binnen vier Wochen zu liefern sei, und dass er dem B auf Abschlag des bedungenen Kaufpreises in Theilbeträgen 212 fl. gezahlt habe. Erweist der Kläger diese Thatsachen, so ist Martin L. gegenüber dem B. für den Contrahenten zu halten, nachdem die Geklagten nicht eingewendet, umsominder unter Beweis gestellt haben, dass er das Piano bei demselben für eine dritte Person, namentlich für Amalia H. und in deren Vollmacht bestellt und die Zahlungen in ihrem Namen geleistet habe.

Die durch diesen Vertrag gegen B begründeten Rechte und Pflichten kommen daher dem Martin L. allein zu und konnten dieselben von ihm mit Rechtswirkung an den Kläger übertragen werden. Nachdem nun die Geklagten auch nicht eingewendet haben, dass das bestellte Piano geliefert worden sei und, wie aus der Verhandlung hervorgeht, kein Theil nunmehr auf der Erfüllung des Vertrages besteht, vielmehr es von demselben abgekommen ist, so ist, wenn der Kläger die oben angeführte Behauptung durch Ablegung des ihm zurückgeschobenen Haupteides durch den freiwilligen Vertretungsleister Martin L. erweist, das Begehren desselben als ausgewiesenen Cessionärs des Letzteren auf Rückstellung des von diesem dem B auf den Kaufpreis angezahlten Betrages gesetzlich gegründet, da es vollkommen gleichgiltig ist, mit wessen Gelde Martin L. diese Anzahlung geleistet hat, weil dadurch, dass etwa Amalia H. dem Martin L. das Geld zur Effectuirung der Bestellung gegeben habe, sie noch nicht mit B in ein Rechtsverhältniss getreten ist, daher von einer vorläufig nothwendigen Abtretung eines angeblichen Rückforderungsrechtes derselben an Martin L. keine Rede sein kann.

Der bezeichnete Haupteid ist zufolge §§ 203 und 205 AGO zulässig, wenngleich der Kläger den Beweis durch andere Beweismittel herstellen könnte, und kann, nach § 207 AGO, den Geklagten als Erben des B über dessen Handlungen mit Wirkung aufgetragen werden. Hiernach war das oberlandesgerichtliche U. abzuändern und jenes des ersten Richters zur Gänze wieder herzustellen, obzwar dem Kläger ein Beweis über den Umstand, dass das bestellte Piano in der festgesetzten Frist nicht geliefert worden sei, nicht obliegt, weil gegen die Aufnahme dieses Umstandes in die Eidesformel der Kläger eine Beschwerde nicht erhoben hat.

2775.

Ueber den Umfang des dem Vermiether an den invectis und illatis zustehenden Pfandrechtes kann nicht im Besitzstörungsverfahren, sondern nur im ordentlichen Rechtswege entschieden werden.

E. v. 18. Mai 1892, Z. 6102. — (GZ 30 ex 92, Seite 240.)
I. BG Olmütz.
II. OLG Brünn.

Hausbesitzer B erwirkte gegen A wegen einer schuldigen Miethzinsforderung die pfandweise Beschreibung der dem Letzteren gehörigen Einrichtungsstücke, beliess jedoch diese Gegenstände in Verwahrung desselben. Da B später diese Einrichtungsstücke aus der Wohnung des A in eine andere Localität übertragen liess und die Ausfolgung derselben verweigerte, überreichte A eine Besitzstörungsklage gegen B, welcher dagegen einwendete, er sei im Besitze jener Gegenstände gewesen.

Die beiden unteren Instanzen haben dem Klagebegehren Folge gegeben, weil sich Kläger thatsächlich im Besitze jener Einrichtungsstücke befand und Geklagter störend in diesen Besitz eingriff.

Der OGH wies in Abänderung beider untergerichtlichen E. das Klagebegehren ab, weil es sich hier um die rechtliche Tragweite und den Umfang des dem Geklagten an den hier in Rede stehenden invectis et illatis zweifellos zustehenden Pfandrechtes handelt, über derlei Rechtsfragen aber nicht im Besitzstörungsverfahren, sondern nur im ordentlichen Rechtswege entschieden werden kann.

2776.

Den Gerichten obliegt nicht allgemein die Verpflichtung, die gerichtlichen Verordnungen den Finanzprocuraturen zuzustellen und insbesondere die Finanzprocuraturen von Realfeilbietungen und von den denselben nachfolgenden Acten (Meistbotsvertheilungen) zu verständigen.

E. v. 18. Mai 1892, Z. 5924. — (AJZ 33 ex 92, Seite 326.)

Das BG Dauba hatte unterlassen, der Finanzprocuratur in Prag den B. vom 22. Jänner 1892, Z. 3593, mit welchem der für die am 23. December 1891 executiv versteigerte Realität Nr. C 3 in Nedom erzielte Meistbot per 3020 fl. vertheilt worden ist, zustellen zu lassen.

Dem aus diesem Grunde gegen den B. des BG Dauba vom 22. Jänner 1892, Z. 3593, überreichten Recurse, zugleich Nullitätsbeschwerde der Finanzprocuratur, hat die II. J. keine Folge zu geben befunden.

Gründe:

Gemäss der JME vom 7. December 1866, RGB Nr. 155, und 11. Mai 1868, RGB Nr. 40, haben die Gerichte, um die Hereinbringung von Steuer- und Gebührenrückständen bei Executionen unbeweglicher Güter möglichst zu sichern, von der Bewilligung der executiven Feilbietung eines unbeweglichen Gutes, beziehungsweise Gebäudes, das Steueramt zu verständigen, in dessen Bezirk das Gut, beziehungsweise Gebäude, gelegen ist. Dieser Vorschrift ist das BG in Dauba durch die Verständigung des Steueramtes in Dauba sowohl von der Bewilligung der Feilbietung, als auch von der Anordnung der Tagfahrt zur Berechnung des Meistbotes nachgekommen und es hat das genannte Steueramt mittelst Zuschrift vom 20. Jänner 1892, Z. 55 Str., die Steuer- und Gebührenrückstände in der That angemeldet. Nachdem daher das BG den oben angeführten, eben behufs Hereinbringung der Steuer- und Gebührenrückstände speciell erlassenen Verordnungen nachgekommen ist, so kann in der Unterlassung einer für andere Fälle angeordneten Verständigung der Finanzprocuratur eine Nichtigkeit nicht erblickt werden.

Dem gegen diese E. überreichten a. o. Revisionsrecurs, zugleich Nullitätsbeschwerde der Finanzprocuratur in Prag, hat der OGH keine Folge zu geben befunden.

Gründe:

Aus der Bestimmung der Dienstinstruction für die Finanzprocuraturen folgt nur, dass denselben die Vertretung des Staatsvermögens obliegt, eine Vorschrift für die Gerichte wegen Zustellung der gerichtlichen Verordnung an die Finanzprocuraturen hierin aber nicht gegeben ist, eine solche Verpflichtung der Gerichte nur da eintritt, wo sie durch besondere gesetzliche Bestimmungen verordnet ist, in dieser Richtung die MV vom 7. December 1866, RGB Nr. 155, und vom 11. Mai 1868, RGB Nr. 40, in Ansehung von Realfeilbietungen und sonach auch der denselben nachfolgenden Acte eine Verständigung des Steueramtes verordnen, die JMV vom 29. December 1857, Z. 22.464, hier unanwendbar ist, da es sich nicht um eine gegen das Staatsvermögen gerichtete Eingabe in Steuersachen handelt, die Verständigung des Steueramtes Dauba vor der Berechnungstagfahrt thatsächlich erfolgt ist und sonach die behauptete Nullität nicht vorliegt.

2777.

Die E. der politischen Behörde, nach welcher ein vorhandener Weg ein öffentlicher sei, schliesst privatrechtliche Ansprüche auf die Wegfläche nicht aus.

E. v. 18. Mai 1892, Z. 5996. — (GZ 28 ex 92, Seite 223.)

I. BG Saaz.
II. OLG Prag.

In der mündlich verhandelten Rechtssache des A und B gegen die Gemeinde C wegen Anerkennung des Eigenthumsrechtes zu zwei Grundstücken in C und Aberkennung eines Fusssteigrechtes führten die Kläger aus, dass sie laut der Grundbuchseinlage die oben angeführten Grundstücke ohne jede Beschränkung erworben haben und besitzen, dass die Gemeinde C aber trotzdem durch ihren Vorsteher und den Gemeinde-Ausschuss die Behauptung aufrecht halte, dass über die Grundstücke ein Fusssteig führe, den die Mitglieder und Bewohner der Ortsgemeinde C als Communication zwischen dem Orte C und der Bahnstation D zu benützen berechtigt seien, dass alle Beschwerden und Vorstellungen des Klägers A gegen die diesbezüglichen Aufträge der Gemeinde C erfolglos geblieben sind, und dass sie sich demnach genöthigt sehen, zum Schutze ihres Privateigenthums die Hilfe des ordentlichen Richters anzurufen. — Die Gemeinde C wendet ein, dass seit undenklichen Zeiten aus dem Orte C in der Richtung des

fraglichen Fusssteiges über die in Rede stehenden Grundstücke ein öffentlicher Fahrweg, welcher in der alten Mappe mit einer anderen Parcellennummer als Weg nach D eingezeichnet erscheint, die Fortsetzung einer Wegparcelle bilde und in dem alten Parcellenprotocolle als Eigenthum der Gemeinde C vorgeschrieben sei. Dieser Fahrweg sei allerdings seit dem Jahre 1857 nicht mehr benützt worden, da um jene Zeit eine neue Verbindungsstrasse hergestellt wurde; dagegen sei der Weg bis auf die jüngste Zeit nicht blos von den Insassen der Ortschaft C, sondern auch von Fremden als Fussweg und Verbindungsweg zwischen C und D benützt worden. Erst im Jahre 1889 habe A den erwähnten Weg aufgehackt und durch einen Zaun abgesperrt. Da jedoch der fragliche Weg nach seiner Lage, seiner bisherigen Benützung und seiner Bedeutung für den Verkehr ein öffentlicher Gemeindeweg sei, so obliege der Gemeinde C die Sorge um die Erhaltung desselben. Die diesfalls zur Herstellung und Freimachung des Weges von dem Gemeindeausschusse, beziehungsweise vom Gemeindevorsteher und vom Bezirksausschusse an A ergangenen Aufträge und Erlässe bezwecken nach Angabe der Geklagten nicht die Anmassung der Servitut des Fussteiges, sondern blos die Benützung eines von dem Gemeindeausschusse und dem Bezirksausschusse als öffentlich erklärten Weges. Die Beurtheilung derartiger Fragen falle in den Bereich der Wegpolizei, zu deren Handhabung die Gemeinde im eigenen Wirkungskreise berufen erscheine.

Die I. J. hat sodann die von der geklagten Gemeinde erhobene Einwendung der Incompetenz abgewiesen. Denn wird erwogen, dass die Kläger die in Rede stehenden Grundstücke nach dem Grundbuche ohne jede Beschränkung besitzen, dass bei der im Jahre 1883 stattgefundenen Neuanlegung des Grundbuches von der Gemeinde C ein Fusssteig bezüglich der fraglichen Grundstücke nicht geltend gemacht wurde, dass die geklagte Gemeinde selbst anführt, dass der mit einer anderen Parcellennummer bezeichnet gewesene Fahrweg in Folge der Herstellung einer neuen Verbindungsstrasse seit dem Jahre 1857 nicht mehr benützt, also aufgelassen wurde, und dass die Identität dieses Weges mit dem in Rede stehenden, die in vorliegender Klage bezeichneten Grundparcellen in C betreffenden Fusswege nicht feststeht, sowie dass eine der letzteren Grundparcellen zum Eisenbahnbaue expropriirt und, weil zum Bahnbaue nicht benöthigt, von der Eisenbahn an A ohne jede Beschränkung verkauft wurde, und dass A auch die zweite Grundparcelle ohne jede Beschränkung erworben hat, so bedeuten die Decrete des Gemeindeamtes, des Gemeindeausschusses und des Bezirksausschusses in C allerdings einen Eingriff in die Privatrechtssphäre der Kläger. Ob nun dieser Eingriff berechtigt ist, wird im ordentlichen Rechtswege zu entscheiden sein. Da die Klagsbitte für die Competenz des Gerichtes massgebend ist und dieselbe im vorliegenden Falle auf den Schutz der Privatrechte der Kläger gerichtet

erscheint, so erachtet sich das BG zur Entscheidung dieser Rechtssache nach §§ 19, 466 und 523 ABG für competent.

Das OLG hat dieses U. abgeändert und der Einwendung der Unzuständigkeit Folge gegeben.

Gründe:

Mit Rücksicht auf die Actenlage steht es ausser allem Zweifel, dass es sich hier zunächst nur um die Frage handelt, ob der in Rede stehende, über die Grundstücke der Kläger führende Weg ein öffentlicher sei, und dass ferner in dieser Angelegenheit bereits von den autonomen Behörden erflossene E. und getroffene Verfügungen vorliegen. Nachdem nun aber, sobald der streitige Weg ein öffentlicher ist, von einer Servitutsanmassung an Seite der Gemeinde keine Rede sein kann, die Frage aber, ob ein Weg ein öffentlicher oder ein Privatweg ist, in die Competenz der autonomen Behörden fällt, welche nach § 28 al. 3 der Gemeindeordnung vom 16. April 1864, LGB Nr. 7, ferner nach dem Gesetze vom 31. Mai 1866, LGB Nr. 41, zur Behandlung und Entscheidung von die öffentlichen Wege betreffenden Angelegenheiten berufen sind, der Ausspruch dieser Behörden sonach für die Gerichte, denen eine Ueberprüfung dieser E. nicht zusteht, massgebend ist, und es auch nicht angeht, die Verfügungen und E. der autonomen Behörden mittelst einer Negatorienklage anzufechten und, wie dies aus dem Klagebegehren hervorgeht, die Aufhebung der von autonomen Behörden ergangenen Aufträge als nicht zu Recht bestehend zu begehren, es vielmehr den Klägern lediglich zusteht, die ergangenen Verfügungen und E. im gesetzlich vorgeschriebenen Instanzenzuge anzufechten, erscheint die Einwendung der Unzuständigkeit des Gerichtes vollkommen begründet, weshalb auch dieser Einwendung Folge gegeben und die Klage als zum gerichtlichen Verfahren nicht geeignet zurückgewiesen werden musste.

Der OGH hat das erstrichterliche U. wieder hergestellt.

Gründe:

Die Gerichte haben allerdings nicht darüber zu entscheiden, ob ein vorhandener Weg ein öffentlicher sei oder nicht; allein darum handelt es sich auch gar nicht in dem vorliegenden Zwischenstreite, sondern es ist die Frage zu beantworten, ob die Gerichte berufen seien, über die Klagsbitte zu erkennen, dass die Kläger unbeschränkte Eigenthümer der in der Klage bezeichneten Grundstücke in B seien, dass die geklagte Gemeinde durch die Anmassung des Rechtes des Fusssteiges über diese Grundstücke in das Eigenthum der Kläger widerrechtlich eingegriffen habe, und schuldig sei, diesen Eingriff zu unterlassen und den früheren Stand wieder herzustellen. Es ist aufliegend, dass über diese Klagsbitte, da es sich um rein privatrechtliche Fragen handelt, nur die Gerichte zu entscheiden haben, und dass daher die von der geklagten Gemeinde er-

hobene Einwendung der Gerichtsunzuständigkeit jeder Begründung entbehrt und dies um so mehr, als die E., dass ein vorhandener Weg ein öffentlicher sei, privatrechtliche Ansprüche auf die Wegfläche nicht ausschliesst. Wenn die geklagte Gemeinde anführt, dass ihr gegen diese Klage derartig gewichtige Einwendungen zustehen, dass dieselben die Abweisung der Klage herbeiführen müssen, so sind dieselben im Hauptstreite gehörigenorts anzubringen, in dem vorliegenden Zwischenstreite, wo es sich lediglich um die Frage der Gerichtszuständigkeit handelt, können diese Einwendungen nicht berücksichtigt werden.

2778.

Eine letztwillige Anordnung, mittelst welcher der Erblasser eine dritte Person unter Festsetzung einer für sein Begräbniss bestimmten Summe ersucht, seine Beerdigung zu besorgen, ermächtigt diese dritte Person bei Mangel vorhandener Baarmittel nicht, ein Darlehen selbst innerhalb der letztwillig limitirten Begräbnisskosten mit der Wirkung einer Verpflichtung der Verlassenschaft aufzunehmen.

E. v. 19. Mai 1892, Z. 5221. — (JB 28 ex 92, Seite 335.)
I. BG Teschen.
II. OLG Brünn.

Georg A. belangte die Anna K. wiederverehelichte F. als Erbin des Johann K. auf Bezahlung des Darlehensbetrages per 300 fl.

Die I. J. hat die Klage abgewiesen.

Gründe:

Von beiden Seiten ist zugegeben, dass die seither verstorbene Helene K. und Paul G. nach dem Tode des Johann K. den Kläger angegangen haben, ihnen einen Betrag von 300 fl. zu leihen, dass Kläger daraufhin diesen Betrag der Helene K. baar zugezählt hat. Die Zeugen Carl R. und Mathias K. haben bestätigt, dass Helene K. dem Kläger bei Zuzählung des Darlehens erklärt habe, sie nehme das Darlehen zur Bestreitung der Kosten des Begräbnisses des Johann K. auf, und dass dieser Betrag aus der Nachlassmasse nach Johann K. bezahlt werden wird. Dieser von Helene K. dem das Darlehen gebenden Kläger gegenüber angeführte Beweggrund zur Darlehensaufnahme ist, sowie die Angabe des Zahlungsfondes für die Beurtheilung des Verhältnisses der genannten Personen nach § 901 ABG irrelevant, nicht, wie Kläger behauptet, streitentscheidend, und hat sich wegen Rückzahlung des Darlehens per 300 fl. Kläger an die Darlehensnehmer zu halten. Kläger hat jedoch mit gegenwärtiger Klage die Anna K., wiederverehelichte F., das ist die Witwe nach Johann K., auf Zahlung des der Helene K. zugezählten Betrages per 300 fl. belangt, indem er zur Begründung seines Anspruches Nachstehendes anführt: Johann K. habe in seinem Testamente den Betrag von 450 fl.

zur Bestreitung des Begräbnisses ausgesetzt und seine Tante, das ist die obengenannte Helene K. und Paul G. mit der Anordnung und Besorgung dieses Begräbnisses betraut. Helene K. und Paul G. hätten nur zur Bestreitung der Begräbnissauslagen die in Rede stehenden 300 fl. vom Kläger entliehen und ihm bedeutet, dieser Betrag werde aus der Nachlassmasse bezahlt werden. Selbst alles dieses als wahr angenommen, kann in der testamentarischen Ermächtigung der Helene K. und des Paul G., das Begräbniss zu besorgen, keine Vollmacht, ein Darlehen zu diesem Zwecke mit der Wirkung der Haftung der Verlassmasse respective der Erben des Verstorbenen dem Darlehensgeber gegenüber aufzunehmen, erblickt werden, da diese Bevollmächtigung nicht den erforderlichen Charakter des § 1008 ABG hat. Es haben Helene K., respective ihre Erben, und Paul G. ihre Ansprüche, die sich aus der Bestreitung des Begräbnisses ergeben haben, lediglich gegen die Verlassmasse, respective die Erben zu stellen, was übrigens Paul G. gethan hat, indem er seinen diesbezüglichen Anspruch im eigenen Namen an die Verlassmasse gestellt hat, und dieser Anspruch auch mit 220 fl. als liquid anerkannt und ihm betreffs seiner Mehransprüche das Betreten des Civilrechtsweges freigestellt wurde. Es steht somit, wie bereits oben erwähnt, der Kläger lediglich zu Paul G. und Helene K., nicht gegen die Verlassmasse, respective die Erbin des Johann K. im Verhältnisse des Darlehensgebers zu den Darlehensnehmern, und erfolgte in dieser Erwägung die Abweisung des Klagebegehrens.

Ueber Appellation des Klägers hat die II. J. diese E. abgeändert und die Geklagte zur Bezahlung des eingeklagten Betrages verurtheilt.

Gründe:

Der Erblasser Johann K. hat in seiner letztwilligen Verfügung vom 21. October 1888 die Helene K. und den Paul G. ausdrücklich ermächtigt (bevollmächtigt), im Falle seines Todes nach ihrem Gutdünken sein Begräbniss zu besorgen. Dieser Auftrag, welcher durch die nachträgliche Annahme seitens der Beauftragten zu einem Vollmachtsvertrage im Sinne des § 1002 ABG geworden ist, welcher aber auch von den Erben des Johann K. nicht widerrufen, sondern stillschweigend ratihabirt wurde, welcher sonach auch gegen die Erben wirkt, erscheint lediglich durch jene andere letztwillige Verfügung beschränkt, wornach der Erblasser zur Bestreitung der Krankheits-, Begräbniss- und Denkmalskosten einen Betrag von 450 fl. ausgesetzt hat. Innerhalb dieses Rahmens waren daher die Bevollmächtigten in ihren Verfügungen vollkommen uneingeschränkt. Nach § 1009 ABG ist der Gewalthaber berechtigt, zur Besorgung des ihm übertragenen Geschäftes alle Mittel anzuwenden, die mit der Natur des Geschäftes nothwendig verbunden oder der erklärten Absicht des Machtgebers gemäss sind. Da nun einerseits die Besorgung eines

Begräbnisses naturgemäss sehr rasch erfolgen muss, andererseits aber die Geklagte stillschweigend zugesteht, dass sich in der Nachlassmasse keine Baarschaft befand; da ferner die Besorgung eines Begräbnisses ohne Aufwendung von Baarmitteln nicht leicht möglich ist, so ist es klar, dass die Gewalthaber zum Behufe der Besorgung des ihnen übertragenen Geschäftes der Natur der Sache nach auch zur Herbeischaffung der Baarmittel allenfalls im Wege eines Darleheus genöthigt und daher nach § 1009 ABG berechtigt waren. Nach den im Wesentlichen übereinstimmenden Aussagen der unbefangenen Zeugen Carl R., Paul G. und Mathias K. hat der Kläger über Ansuchen der Helene K., womit auch Paul G. einverstanden war, der Ersteren ein Darlehen von 300 fl. zugezählt, wobei ausdrücklich bemerkt wurde, dass dieses Darlehen zur Bestreitung der Begräbnisskosten aufgenommen werde, und dass dasselbe aus jenem Fonde von 450 fl., welchen der Erblasser zu diesem Zwecke bestimmt hat, rückgezahlt werden solle. Diese Umstände lassen aber keinen Zweifel darüber aufkommen, dass Helene K. dieses Darlehen nicht für sich, sondern für die Vlft., aus welcher jener Fond von 450 fl. entnommen werden sollte, aufnahm; dass sie also nicht sich, sondern die Vlft. verpflichten wollte und dass auch der Kläger die Rückzahlung nicht bei Helene K., sondern aus jenem Fonde, sohin aus der Vlft. intendirte. Der Darlehensvertrag wurde also thatsächlich für die Vlft. abgeschlossen. Nach § 1017 ABG kommen aber aus einem von dem Bevollmächtigten innerhalb der Grenzen der offenen Vollmacht mit einem Dritten abgeschlossenen Geschäfte die dadurch gegründeten Rechte und Verbindlichkeiten dem Gewaltgeber und dem Dritten, nicht aber dem Gewalthaber zu. Aus dem, wie oben angeführt, innerhalb der Grenzen der Vollmacht zwischen Helene K. und dem Kläger abgeschlossenen Darlehensvertrage erscheint demnach keineswegs der Bevollmächtigte, sondern die Vlft., und sohin in Gemässheit der Einantwortungsurkunde vom 30. September 1889, Z. 17001 die Geklagte verpflichtet. Die Berufung auf den § 1008 ABG ist im vorliegenden Falle nicht am Platze, da durch diese Gesetzesstelle nur ausgedrückt werden will, dass eine allgemeine Vollmacht nicht auch die Befugniss zur Aufnahme eines Darlehens enthält. Im vorliegenden Falle handelt es sich aber um eine specielle Vollmacht zu einem bestimmten, genau umschriebenen Geschäfte, dessen Besorgung aber die Aufnahme eines beschränkten, dem Zweck entsprechenden Darlehens nothwendig machte. Das Verhältniss ist eben kein anderes, als wenn die Gewalthaber die Begräbnisskosten, anstatt dieselben zu bezahlen, schuldig geblieben wären, in welchem Falle gewiss kein Zweifel darüber entstanden wäre, dass die Erbin dieselben zu bezahlen hat. Es wäre nun gewiss nicht einzusehen, warum der Gewaltgeber auf Grund der Vollmacht zur Bezahlung der Kosten des Begräbnisses, nicht aber zur Bezahlung des zu diesem Zwecke aufgenommenen Anlehens verpflichtet sein sollte. Zu bemerken ist nur,

dass der Umstand, ob die Darlehensvaluta zur Gänze zur Bestreitung dieser Kosten verwendet, und ob dies von der Geklagten anerkannt wurde, für den vorliegenden Stritt ohne Belang ist. Denn wenn, wie oben ausgeführt wurde, aus dem von Helene K. aufgenommenen Darlehen die Vlft. verpflichtet wird, und wenn sohin der Kläger aus diesem Darlehen Rechte gegen die Vlft. erlangt hat, so können diese Rechte in keiner Weise dadurch beirrt werden, dass der Gewalthaber bei Verwendung der Valuta die Grenzen seiner Vollmacht etwa überschritt. Die Frage, ob das für die Vlft. aufgenommene Darlehen auch für dieselbe verwendet wurde, ist lediglich zwischen dem Gewaltgeber und dem Gewaltnehmer auszutragen. Endlich ist zu bemerken, dass es auch ganz irrelevant ist, ob Paul G. die Begräbnisskosten zur Vlft. angemeldet hat, da die wohlerworbenen Rechte des Klägers auch durch diesen, offenbar auf einer unrichtigen Rechtsauffassung beruhenden Schritt des Paul G. nicht beeinflusst werden können. Es war demnach in Stattgebung der Appellationsbeschwerde nach dem Klagebegehren zu erkennen.

Ueber das Revisionsbegehren der Belangten hat der OGH die E. I. J. wieder herzustellen befunden, und zwar aus folgenden

Gründen:

Die Revisionsbeschwerde der Belangten ist begründet; denn wenn auch Johann K. in seiner letztwilligen Erklärung vom 21. October 1888 verfügt hat, dass Helene K. und Paul G. sein Begräbniss besorgen sollen, und zur Deckung der Kosten dieses Begräbnisses, seiner Krankheit und der Aufstellung je eines Grabdenkmales auf sein und seiner Mutter Grab aus seinem Nachlassvermögen einen Theilbetrag von 450 fl. bestimmt hat, und wenn auch dieselben dieses ihnen übertragene Geschäft übernommen haben und sie hiedurch Machthaber des Erblassers Johann K. geworden sind (§ 816 ABG), so haben sie damit zwar allerdings kraft der Bestimmung des § 1009 ABG auch die Befugniss erlangt, zum Zwecke der Besorgung dieses Begräbnisses alle Mittel anzuwenden, die mit der Natur des übernommenen Geschäftes nothwendig verbunden oder der erklärten Absicht des Machtgebers gemäss sind; es lässt sich jedoch weder behaupten, dass die Natur des übernommenen Geschäftes nothwendig die Aufnahme eines Darlehens erheischt und voraussetzt, noch bieten die Processacten Anhaltspunkte für die Annahme, dass Johann K. irgend eine Erklärung abgegeben hätte, aus der sich folgern liesse, dass etwa auch die Aufnahme eines Darlehens zu obigem Behufe in seiner Absicht gelegen wäre. Verfügten Helene K. und Paul G. nicht über die nöthigen Baarmittel, um den mit der Besorgung des Begräbnisses verbundenen Aufwand, vorbehaltlich ihres Anspruches auf dessen Ersatz aus dem hiefür gewidmeten Nachlassfonde vorschussweise bestreiten zu können, und war auch in der Vlft. ein baares Geld nicht vorhanden, so stand es ihnen

frei, die Uebernahme des ihnen anvertrauten Geschäftes abzulehnen, oder zu diesem Zwecke im eigenen Namen für sich ein Darlehen zu contrahiren, und im letzteren Falle allenfalls den Ersatz des ihnen etwa dadurch erwachsenen nothwendigen oder nützlichen Aufwandes seinerzeit von der Vlft. zu verlangen; sie waren aber nicht berechtigt, zur Besorgung des Begräbnisses für die Vlft. in einer diese rechtlich verbindenden Weise mit einem Dritten ein Darlehensgeschäft abzuschliessen, und kann demzufolge dieser Dritte, hier der Kläger, dem gegenüber die Vlft. des Johann K., also die Belangte als dessen Erbin, in keinerlei Obligationsverhältnisse steht, nicht als legitimirt angesehen werden, seinen Anspruch auf Rückzahlung des der Helene K. zur Besorgung des Begräbnisses des Johann K. gewährten Darlehens gegen die gedachte Vlft., also gegen die Belangte, als Erbin des Johann K., im Wege der Klage geltend zu machen, dies umsoweniger, als nicht einmal ein gerichtsordnungsmässiger Beweis darüber vorliegt, dass dieses Darlehen in der That, sei es zur Gänze, sei es theilweise, zur Bestreitung der Begräbnisskosten, somit im Interesse der Vlft. (§ 546 ABG) verwendet wurde oder dass die Geklagte etwa von der Aufnahme dieses Darlehens Kenntniss gehabt und dessen Contrahirung auf Rechnung der Vlft. genehmigt hätte (§ 1016 ABG). Dem Gesagten zufolge musste über das Revisionsbegehren der Belangten unter Abänderung des oberlandesgerichtlichen U. jenes des ersten Richtes wieder hergestellt werden, zumal auch der Einwand, dass dieses Darlehen im Interesse der Vlft. verwendet wurde, und dass hiernach die Vlft,, also die Belangte als Erbin, sich mit dem Schaden des Klägers bereichern würde, auf Berücksichtigung einen Anspruch nicht erheben kann, weil ersterer Umstand, wie bereits erwähnt, nicht erwiesen ist, und weil weiters Paul G. zur Vlft. thatsächlich Begräbnisskosten in einem Betrage von mehr als 300 fl. angemeldet hat, diese bei der Abhandlung nur mit dem Theilbetrage von 220 fl. für richtig anerkannt, und mit diesem Betrage der Geklagten zur Bezahlung an Paul G. in der Einantwortungsurkunde vom 30. September 1889, Z. 17001, auferlegt wurden, während in Betreff des angesprochenen Mehrbetrages die Verweisung des Paul G. auf den Rechtsweg erfolgte.

2779.

Die Verbindlichkeit zur Leistung des Manifestationseides geht nach dem Tode des hiezu Verpflichteten auf seine in den Streit eingetreteen Erben über.

E v. 19. Mai 1892, Z. 5507. — (JMB 792 ex 92, Seite 129.)

In der Rechtssache des A und Genossen gegen B und Genossen wegen Anerkennung und Zuweisung des Pflichttheils hat die I. J. dem B und in Folge seines im Laufe des Processes erfolgten Todes seinen Erben

den Manifestationseid aufgetragen mit folgender Begründung: Nach § 284 (220) AGO haben jene, die von einer besorglichen Vertuschung muthmasslich Wissenschaft haben dürften, Alles, was ihnen von dem betreffenden Vermögen bekannt ist, anzugeben und ihre Angabe eidlich zu bestärken. Es ist nun erwiesen, dass B das Vermögen seines verstorbenen Vaters verwaltete, und daraus folgt seine Pflicht zur Offenbarung desselben. Da B mittlerweile gestorben ist, so sind seine Erben und Vertreter, von welchen vermuthet werden kann, dass sie irgend eine Ingerenz in der Verwaltung des väterlichen, beziehungsweise grossväterlichen Vermögens gehabt haben, verpflichtet, den Manifestationseid zu leisten.

Das OLG hat das erstrichterliche U. in dem oberwähnten Punkte des Petites bestätigt.

Gründe:

Der Ausspruch des ersten Richters über die Pflicht des B und seiner Erben zur Leistung des Manifestationseides ist gerechtfertigt. Nach dem Tode des B ist seine Pflicht auf die an seiner Stelle in den Process eingetretenen Erben übergegangen. Nach den Bestimmungen der §§ 531, 548 und 1448 ABG gehen die Verbindlichkeiten eines Verstorbenen, insofern sie nicht in blos persönlichen Verhältnissen gegründet sind, auf die Erben über. Die Verbindlichkeit zur Ablegung des Manifestationseides ist aber nicht in blos persönlichen Verhältnissen gegründet, weil sie mit dem Tode des zur Leistung des Manifestationseides Verpflichteten nicht erlischt, da das Versäumniss oder der Tod des Schuldners dem Gläubiger nicht zum Schaden gereichen darf, und ein Manifestationseid von jedermann geleistet werden kann, welcher überhaupt die Fähigkeit zur Eidesleistung besitzt, ganz unabhängig von der minderen oder grösseren Kenntniss der in das zu offenbarende Vermögen gehörigen Gegenstände. Das Gesetz erfordert nur, dass der Geklagte oder seine Erben das angeben, was ihnen bekannt ist und ihre Angaben eidlich bestärken. Es handelt sich daher nicht um eine mit Rücksicht auf die persönliche Fähigkeit des Geklagten übernommene oder aufgetragene Leistung.

Der OGH hat die a. o. Revisionsbeschwerde der Geklagten zurückgewiesen.

Gründe:

In der Revisionsbeschwerde wird behauptet, dass die angefochtenen U. eine offenbare Gesetzverletzung und Ungerechtigkeit involviren, weil mit dem Tode des B auch seine Verpflichtung zur Leistung des Manifestationseides als eine rein persönliche Verbindlichkeit erloschen ist. Wie aber in den Gründen der obergerichtlichen E. ganz richtig dargethan wurde, ist die Verpflichtung des B zur Leistung des Manifestationseides in Folge seines Todes nicht erloschen, sondern ging dieselbe auf seine in den Streit eingetretenen Erben über.

Es fehlen somit die Voraussetzungen des Hofd. vom 15. Februar 1833, JGS Nr. 2593, zur Abänderung oder Aufhebung gleichförmiger U.

2780.

Der Eigenthümer einer Realität, auf welcher ein Wohnungsrecht grundbücherlich intabulirt ist, kann von jener Person, auf welche dieses Wohnungsrecht von dem Wohnungsberechtigten ausgedehnt wurde, nicht die Räumung der Wohnung verlangen.

E. v. 19. Mai 1892, Z. 5716. — (GH 6 ex 92, Seite 53.)

Auf der Realität Nr. 224 in R. ist für die Eheleute N ein Wohnungsrecht einverleibt, welches dieselben seit langer Zeit ausüben; vor circa fünf Jahren haben dieselben ihre verwitwete Tochter A mit ihren drei minderjährigen Kindern in die Wohnung aufgenommen. Die Besitzerin der obigen Realität B klagt nun die A auf Aberkennung der Wohnung und Räumung derselben.

Die I. J. erkannte zu Recht: Der Geklagten A steht das Recht nicht zu, im Hause Nr. 224 in R. zu wohnen, dieselbe ist schuldig, mit ihren drei minderjährigen Kindern die innehabende Wohnung zu räumen und die gerichtlich bestimmten Processkosten zu ersetzen.

Gründe:

Die Klägerin B behauptet, dass sie auf Grund des Kaufvertrages vom 30. September 1890 Eigenthümerin der Realität Nr. 224 in R. ist, dass in diesem Hause Nr. 224 schon seit längerer Zeit in einer Stube rechts vom Eingange die Geklagte A wohnt, dass der Geklagten jedoch ein Wohnungsrecht gar nicht zukommt, und es ist die Klage auf Aberkennung dieses angemassten Wohnungsrechtes und auf Räumung der Wohnung gerichtet.

Die Geklagte A gesteht zwar zu, dass die Klägerin B Eigenthümerin der Realität Nr. 224 in R. ist, dass sie mit ihren drei Kindern in der Stube rechts wohnt, wendet aber ein, dass die Klägerin B zur Ueberreichung der Klage gegen sie (die Geklagte A) gar nicht berechtigt ist, da es sich im vorliegenden Falle um ein Rechtsverhältniss zwischen der Klägerin B und den Eheleuten N, für welche Eheleute auf der Realität 224 in R. auf Grund des Kaufvertrages vom 7. October 1843 das lebenslängliche Wohnungsrecht einverleibt ist und nicht um ein Rechtsverhältniss zwischen der Klägerin und der Geklagten handelt, und dass die Klage auch in meritorischer Beziehung gänzlich unbegründet ist, da die wohnungsberechtigten Eheleute N alt und gebrechlich sind und die Geklagte A von ihnen nur zu dem Zwecke in die Wohnung aufgenommen wurde, damit die alten und gebrechlichen Eheleute N von ihr bedient und gepflegt werden, und es ist die Bitte der Geklagten auf Abweisung der Klage gerichtet.

Da nun die Geklagte A selbst gerichtlich eingestanden hat, dass sie seit sechs Jahren im Hause Nr. 224 in R. mit ihren drei Kindern wohnt, dieses gerichtliche Eingeständniss nach § 207 AGO vollen Beweis herstellt, so handelt es sich bei dem Umstande, als auch das Eigenthumsrecht der Klägerin auf die Realität Nr. 224 in R. unbestritten ist, noch um die Frage, auf Grund welchen Rechtstitels die Geklagte das Wohnungsrecht ausübt.

Dass die Klägerin als Eigenthümerin des Hauses Nr. 224 in R. nach diesem Rechtstitel zu fragen berechtigt ist und sich über die Anmassung einer ungebührlich ausgeübten Dienstbarkeit gegen Jedermann im Klagswege beschweren kann, geht aus der Lehre über das Eigenthumsrecht und über die Dienstbarkeiten hervor, und es ist die von der Geklagten erhobene Einwendung der mangelnden passiven Klagslegitimation völlig unbegründet.

Was den Rechtstitel, auf Grund welchen die Geklagte das Wohnungsrecht ausübt, betrifft, so besteht ein solcher Rechtstitel gar nicht; denn für die Eheleute N ist das Wohnungsrecht blos zu ihrem eigenen Bedürfnisse einverleibt und sie können von dem Wohnungsrechte keinen anderen ausgedehnteren Gebrauch machen und insbesondere das Wohnungsrecht keiner dritten Person, somit auch nicht ihrer Tochter und deren Kindern einräumen (§§ 504, 506, 521 ABG) und es ist auch in dieser Beziehung die erhobene Einwendung unbegründet.

Ueber die Appellation der Geklagten A hat die II. J. das U. I. J.

1. insoweit zu Recht erkannt wurde, dass der Geklagten A das Recht nicht zusteht, im Hause Nr. 224 in R. zu wohnen, bestätigt;

2. insoweit zu Recht erkannt wurde, dass A schuldig ist, mit ihren drei minderjährigen Kindern die innehabende Wohnung im Hause Nr. 224 in R. zu räumen und die Kosten zu ersetzen, abgeändert und zu Recht erkannt, dass die Klägerin mit der Klage und der darin gestellten Bitte, die Geklagte A sei schuldig, mit ihren drei minderjährigen Kindern die innehabende Wohnung im Hause Nr. 224 in R. binnen 14 Tagen bei sonstiger Execution zu räumen, abgewiesen werde.

Gründe:

Das Klagsbegehren enthält zwei Theile, und zwar:

1. soll erkannt werden, dass der Geklagten ein Wohnungsrecht im Hause der Klägerin Nr. 224 in R. nicht zustehe und

2. dass die Geklagte schuldig sei, die in diesem Hause innehabende Wohnung mit ihren drei minderjährigen Kindern zu räumen.

Dem ersten Theile der Klagsschlussbitte musste unbedingt stattgegeben werden, nachdem die Geklagte selbst in der Einrede ausdrücklich erklärt hat, es sei richtig, dass sie nach Ausweis des Grundbuches im Hause Nr. 224 in R. ein Wohnungsrecht nicht besitzt. Es ging auch

die Vertheidigung der Geklagten insbesondere dahin, dass dieselbe nicht zu klagen war, weil sie nur bei ihren Eltern, die im Hause der Klägerin die Servitut der Wohnung haben, wohnt.

Dem zweiten Theile der Klagsschlussbitte war aber nicht stattzugeben, denn, wenn auch der Geklagten ein Recht, im Hause zu wohnen nicht zusteht, so folgt daraus noch nicht nothwendig, dass die Klägerin das Recht hat, von der Geklagten die Räumung der Wohnung unter Executionsfolgen verlangen zu dürfen.

Die Geklagte wohnt bei ihren Eltern, welche die Dienstbarkeit der Wohnung im Hause der Klägerin haben, und es kann in diesem Processe, welcher gegen die Wohnungsberechtigten, nämlich die Eheleute N nicht geführt wird, über ihr Recht nicht erkannt, in ihre Rechtssphäre nicht eingegriffen werden. Ein solcher Eingriff würde dann vorliegen, wenn erkannt werden sollte, dass die Geklagte die Wohnung im Hause der Klägerin zu räumen habe, da ein solcher Spruch den Eheleuten N factisch das Recht, sich durch die Geklagte, ihre Tochter, pflegen zu lassen, entziehen würde, ohne dass ihnen die Möglichkeit geboten worden wäre, ihr Recht dazu darzuthun.

Erachtet die Klägerin, dass die den Eheleuten N zustehende Dienstbarkeit der Wohnung unberechtigter Weise dadurch erweitert wird, dass dieselben ihre Tochter mit deren drei Kindern bei sich wohnen lassen, so kann sie nur die Eheleute N klagen und nach Massgabe des U. könnten nur diese Eheleute N dazu verhalten werden, die Geklagte mit ihren Kindern aus der Wohnung zu entfernten.

In diesem Processe kann aber über das Recht der Eheleute N nicht abgesprochen werden.

Ueber die von der Klägerin ergriffene Revision hat der OGH die E. II. J. bestätigt und mit Bezug auf die Revisionsausführungen nur beigefügt, dass in dem obergerichtlichen U. kein Widerspruch gelegen ist, weil daraus, dass der Geklagten kein Wohnungsrecht im Hause der Klägerin zusteht, noch nicht folgt, dass Letztere berechtigt ist, das Begehren auf Räumung der Wohnung gegen die Geklagte zu richten; dass der Umstand, ob die Eheleute N ihre Tochter, die Geklagte zu ihrer Pflege gedungen und aufgenommen haben, gleichgiltig bleibt, weil die Klage auch ohne den Nachweis dieses Umstandes mangels der passiven Legitimation hinfällig ist, und dass die Frage, welcher Art das Recht der Eheleute N ist und ob sie zufolge dieses Rechtes berechtigt sind, die Geklagte in ihrer Wohnung zu lassen, nicht in diesem, sondern in dem allfälligen Stritte gegen die Eheleute N auszutragen ist.

2781.

Die Bezahlung einer ursprünglich eigenen, von einem Dritten nachher zur Zahlung übernommenen Schuld berechtigt, auf Grund der §§ 1293 und 1295 ABG den Ersatz des daraus entstandenen Schadens von dem seiner Obliegenheit nicht nachgekommenen Dritten zu beanspruchen.

E. v. 19. Mai 1892, Z. 5888. — (GZ 32 ex 92, Seite 255.)

I. BG Mähr.-Neustadt.
II. OLG Brünn.

In der Rechtssache der A gegen die B wegen Zahlung von 84·72 fl. s. N. G. führte die Klägerin an, dass die von ihr dem C aus Eigenem für die Geklagte bezahlte Forderung im Betrage von 80 fl. sammt 4·72 fl. Zinsen, zusammen daher 84·72 fl., ursprünglich von ihr (der Klägerin) und ihrem Ehegatten contrahirt und später von der Geklagten und ihrem inzwischen verstorbenen Ehegatten D anlässlich der Abtretung einer der Klägerin und ihrem Gatten gehörigen Realität auf Abrechnung von dem Abtretungspreise zur Zahlung übernommen worden war, und dass die Geklagte bei der Nachlassabhandlung nach ihrem Ehegatten diese Forderung des C als eine Nachlassschuld ihres Gatten anerkannt und zu zahlen sich verpflichtet habe.

Der Geklagte hat alle diese Umstände widersprochen, worauf die I. J. nach durchgeführtem Zeugenbeweise die Klage im Wesentlichen abwies aus folgenden

Gründen:

Nach Lage der Processacten handelt es sich im vorliegenden Falle um einen auf § 1358 ABG gegründeten Ersatzanspruch, dessen Geltendmachung an die Voraussetzung geknüpft ist, dass die bezahlte Schuld, deren Rückersatz begehrt wird, von der Klägerin aus Eigenem für die Geklagte bezahlt worden war. Processentscheidend ist hier die von der Klägerin behauptete Thatsache, dass die von dieser bezahlte Forderung des C eine Nachlassschuld des verstorbenen Ehegatten der Geklagten gewesen ist. Die bezüglich der Uebernahme dieser Forderung aufgestellte Behauptung der Klägerin ist angesichts der klaren Bestimmungen des die diesfälligen gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten normirenden materiellen Abtretungsvertrages unrichtig, da durch diese Urkunde erwiesen ist, dass Geklagte und ihr Ehegatte jene Forderung anlässlich der Abtretung der Realität zur Zahlung nicht mit übernommen haben. Aber auch die von der Klägerin behauptete Anerkennung dieser Forderung, welche seitens der Geklagten bei der Nachlassabhandlung nach ihrem Gatten erfolgt sein soll, ist nicht erwiesen, da zwei der einvernommenen Zeugen, welche diese Thatsache bestätigt haben, als Söhne der Klägerin, relativ verwerfliche Zeugen sind, während der dritte unbedenkliche Zeuge

nicht behaupten kann, dass die Geklagte speciell die in Rede stehende Forderung als eine Nachlassschuld des D anerkannt hat. Diese angebliche Anerkennung hat aber auch in der Form, wie sie die Klägerin behauptet, an sich keine juristische Bedeutung, weil sie keinen selbstständigen Verpflichtungsgrund enthält, vielmehr blos als ein Beweismittel angesehen werden könnte, welches jedoch bei dem Nichtbestande der fraglichen Verbindlichkeit auf Seite der Geklagten gegenstandslos erscheint. Diese Anerkennung begründet nämlich keine Novation im Sinne der §§ 1376 und 1377 ABG; denn die Novation ist ein zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner geschlossener, ihre gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten umändernder Vertrag, welcher durch eine einseitige Erklärung nicht begründet werden kann. Aus demselben Grunde kann im vorliegenden Falle auch von einer Expromission im Sinne des § 1345 ABG nicht die Rede sein. Die Klägeriu hat daher nicht die Schuld eines Anderen, sondern ihre eigene Schuld bezahlt und auf einen Regress keinen Anspruch, weshalb ihr Klagebegehren abgewiesen wurde.

Ueber Appellation der Klägerin hat das OLG das erstrichterliche U. abgeändert und dem Klagebegehren stattgegeben.

Gründe:

Das erstrichterliche U. ist insoferne unbegründet, als es die nach Angabe der Klägerin bei der Abhandlung des Nachlasses des D von Seite der Belangten erfolgten Anerkennung jener Schuld als Nachlassschuld des D und deren Zahlungsübernahme durch die Belangte weder als erwiesen, noch auch als rechtswirksam erachtet. Diese Angabe der Klägerin welche von den Aussagen mehrerer Zeugen unterstützt und durch den Inhalt der Einantwortungsurkunde bekräftigt wird, ist als vollkommen erwiesen anzunehmen. Die Geklagte hat somit durch rechtsverbindliche Erklärung ausgesprochen, dass sie die Forderung des C als eine Nachlassschuld ihres Gatten D anerkenne und zur Zahlung übernehme. Dadurch nun, dass der Gläubiger C seine Forderung zum Nachlasse des D nicht selbst angemeldet hat, bei der Verlassabhandlung nicht betheiligt und bei dem Verpflichtungsacte der Belangten nicht zugegen war, ist zwar weder ein Anerkennungsvertrag zwischen ihm und der Belangten, noch auch eine Intercession der letzteren zu Stande gekommen. Wohl aber wurde in dem gegebenen Falle zwischen der Klägerin und der Belangten ein Vertrag geschlossen, welcher sich als Zahlungsübernahme charakterisirt. Von einer zwischen beiden Theilen verabredeten Assignation, welche durch die nachträgliche Zustimmung des Gläubigers vollständig geworden wäre, kann vorliegend deshalb nicht die Rede sein, weil hier die Parteien selbst bereits dem Rechtsgeschäfte eine Auslegung gegeben haben, welche eine Assignation ausschliesst; denn die Klägerin hat, als sie von C, nachdem ihm die Zahlung seiner Forderung per 80 fl. von der Belangten ver-

weigert worden war, wegen dieser 80 fl. geklagt wurde, ihm ohne Einwendung gezahlt und damit selbst dargethan, dass ihr die lediglich durch § 1406 ABG beschränkte Haftungsbefreiung eine Assignation nicht zu statten komme. Dagegen liegt ein im § 1019 ABG gegründeter Uebernahmsvertrag vor, dessen Wesenheit darin besteht, dass der Uebernehmer durch die Zahlungsübernahme der Verbindlichkeit des ursprünglichen Schuldners beitritt, dieser von seiner Schuld nicht frei wird, der Zahlungsübernehmer aber dafür, dass der ursprüngliche Schuldner vom Gläubiger nicht in Anspruch genommen werde, zu sorgen und, falls derselbe dennoch zur Zahlung genöthigt wurde, ihm die geleistete Zahlung zu ersetzen hat. Die Gegenleistung der Klägerin liegt in dem gegebenen Falle darin, dass sie gegen Uebernahme der bücherlich nicht versicherten Schulden des Erblassers D durch die Belangte aller Ansprüche auf den Nachlass desselben sich begeben hat. Es musste daher die Geklagte zur Zahlung jener Forderung verurtheilt werden.

Der OGH bestätigte die E. II. J.

Gründe:

Allerdings lässt sich die Construction des unter den Parteien entstandenen Rechtsverhältnisses nicht — wie das OLG versuchte — aus § 1019 ABG ableiten, weil die Voraussetzungen dieser Gesetzesstelle nicht vorliegen. Wohl aber findet dieses Verhältniss seine Begründung darin, dass zwischen der Klägerin und der Geklagten einer der ungenannten Verträge des § 921 ABG zu Stande kam, indem die Klägerin auf ihre Ansprüche auf die Vlft. verzichtete und die Geklagte als Entgelt hiefür unter Anderem die Verpflichtung übernahm, die Forderung des C per 80 fl. zu bezahlen. Nach dem Grundsatze des § 902 ABG ist dieser Vertrag auf die Art zu erfüllen, wie es die Parteien verabredet haben, und erwuchs hieraus für die Geklagte die rechtsförmliche Verbindlichkeit, den Betrag von 80 fl. an C zu bezahlen. Nachdem sie dieses nicht gethan hat und die Erfüllung des Vertrages zufolge des Umstandes, dass die Klägerin über die Klage des C den Betrag per 80 fl. sammt Zinsen bezahlen musste und bezahlt hat, durch Verschulden der Geklagten unmöglich geworden ist, erscheint die Klägerin gemäss der §§ 1293 und 1295 ABG berechtigt, den Ersatz des ihr hiedurch verursachten Schadens zu verlangen, welcher eben in dem Ersatze Dessen besteht, was die Klägerin zufolge der Nichteinhaltung des Vertrages seitens der Geklagten selbst leisten musste und geleistet hat.

2782.

Vorläufige Abweisung des Alimentationsbegehrens wegen Vermögenslosigkeit, beziehungsweise Erwerbsunfähigkeit des Kindesvaters.

E. v. 24. Mai 1892, Z. 5454. — (JB 38 ex 92, Seite 455.)

A. R. belangte als Vormund der minderjährigen J. R., unter freiwilliger Vertretungsleistung der B. R. als Mutter derselben, den J. W. auf Anerkennung der Vaterschaft und Leistung von Alimenten pro praeterito und pro futuro. Der Geklagte bestritt nicht, der Kindesmutter in der kritischen Zeit beigewohnt zu haben, wies auch darauf hin, dass er, so lange er in der Lage war, seiner Alimentationspflicht nachgekommen ist, bot jedoch Beweise darüber an, dass er seit 27. April 1889 arbeits- und erwerbsunfähig geworden und auf die Mildthätigkeit Anderer angewiesen ist, um sein Leben fristen zu können. Mit Beiurtheil wurden die vom Geklagten angebotenen Beweise als „für das Ausmass der den Geklagten treffenden Alimentationsverbindlichkeit“ relevant zugelassen.

Nach Aufnahme der Beweise, welche zu Gunsten des Geklagten ausgefallen waren, gab die I. J. dem Klagebegehren unter Restriction der Alimentationsraten statt, aus nachstehenden, den Sachverhalt näher ausführenden

Gründen:

Der Geklagte gibt zu, dass er der Vater des am 28. Juni 1887 ausserehelich geborenen minderjährigen J. R. sei, und rechtfertigt sich das vorliegende Erkenntniss in diesem Punkte durch dieses Zugeständniss. Der Geklagte bestreitet auch nicht, dass der aussereheliche Kindesvater gemäss § 167 ABG verpflichtet ist, für die Verpflegung seines Kindes zu sorgen, glaubt jedoch, dass aus den im § 167 ABG vorkommenden Worten: „Wenn aber dieser nicht im Stande ist, das Kind zu verpflegen, so fällt die Verbindlichkeit auf die Mutter“ mit Rücksicht darauf, dass er, wie er durch Zeugen und Sachverständige nachzuweisen sich erbietet, vom 27. April 1889 ab arbeits- und erwerbsunfähig geworden, und auf die Mildthätigkeit Anderer angewiesen ist, um sein Leben fristen zu können, gefolgert werden müsse, dass im vorliegenden Falle seine Unvermögenheit, das Kind zu verpflegen, für die Vergangenheit und die Zukunft dargethan sei, und dass diese Verbindlichkeit auf die Mutter übergegangen sei. Es ist auch in der That durch die Aussagen der vernommenen Zeugen und durch den gerichtlichen Sachverständigenbefund völlig ausser Zweifel gestellt, dass der Geklagte seit April 1889 und auch pro futuro arbeits- und erwerbsunfähig geworden ist, und ist durch die Aussagen von Zeugen dargethan, dass er auf die Mildthätigkeit dritter Personen angewiesen ist, um das Leben fristen zu können, und beziehungsweise wenigstens, dass er solche mildthätige Gaben erbittet und annimmt, um sein Leben fristen zu können. Allein dieser Sachverhalt genügt nach hierämtlicher Anschau-

ung im Grunde des § 167 ABG nicht, um das Klagebegehren, soweit es auf Alimentationsleistung pro praeterito und pro futuro gerichtet ist, für dermalen pro futuro oder gar gänzlich abzuweisen; dieser Sachverhalt wäre allerdings geeignet, die erfolgreiche Execution des U. in Frage zu stellen, beziehungsweise deren Möglichkeit auszuschliessen, die rechtliche Verbindlichkeit, das uneheliche Kind zu verpflegen, wird hierdurch für den erwerbslosen Vater nicht aufgehoben. Dies geht aus nachstehender Erwägung hervor. Der § 167 ABG regelt die Ansprüche des ausserehelich geborenen Kindes gegen seine Erzeuger und nicht die Rechte, welche diesen in Ansehung des Kindes und untereinander zustehen. Diese Regelung erfolgt durch die §§ 168 bis 171 ABG. Wenn daher der § 167 ABG anführt, dass die Verbindlichkeit, das aussereheliche Kind zu verpflegen, auf die Mutter fällt, wenn der Vater nicht im Stande ist, das Kind zu verpflegen, so folgt daraus nichts mehr, als dass dem ausserehelichen Kinde gegen seine Mutter das gleiche Recht auf Gewährung der Verpflegung zusteht, wie gegen den ausserehelichen Kindesvater. Dem Kinde gegenüber tragen also beide Erzeuger dieselbe Pflicht, nur muss sich das Kind, beziehungsweise dessen Vertretung, vorzüglich, das heisst zuerst an den ausserhelichen Kindesvater halten. Demnach ist die Klage gegen die Mutter erst dann begründet, wenn nachgewiesen wird, dass der Vater trotz der angewendeten Zwangsmittel nicht im Stande ist, das Kind zu verpflegen. Der Geklagte meint nun, dass er den Nachweis, er sei ausser Stande, das Kind zu verpflegen, bereits im Processe liefern könne, mit welchem er angegangen wird, seine Verbindlichkeit zu erfüllen. Es mag sein, dass die Ausführungen des Geklagten und der Nachweis, dass der Geklagte thatsächlich ausser Stande ist, sein Kind zu verpflegen, hinreichen könnten, eine eventuelle Klage gegen die Kindesmutter auf Verabreichung der Alimentation gegründet erscheinen zu lassen, auch ohne dass dieser Nachweis in der Form erbracht wird, dass dargethan wird, die Execution sei fruchtlos versucht worden; allein daraus geht, abgesehen davon, dass diese Frage nicht Gegenstand der Judicatur in diesem Processe sein kann, doch nicht hervor, dass die Klage gegen den ausserehelichen Kindesvater auf Verabreichung der Alimentation eine unbegründete sei; denn der Umstand, dass der Vater nicht im Stande ist, sein aussereheliches Kind zu alimentiren, begründet nur ein Recht des Kindes, nunmehr an seine Mutter heranzutreten und von dieser die Alimentationsleistung zu verlangen, nicht aber ein Recht des Vaters, die Alimentationsleistung zu verweigern. Ein Rechtsanspruch kann eben nur durch eine Einwendung, welche rechtlicher Natur ist, eliminirt werden; die Unmöglichkeit seitens des Vaters, Alimentation zu leisten, gehört zu den rechtserzeugenden Thatsachen der Klage gegen die Kindesmutter, nicht aber zu den Thatsachen, welche das Recht des Kindes gegen den ausserehelichen Vater vernichten. Dieses Recht bleibt dem Kinde gewahrt,

wenn es auch zeitweise wegen subjectiver Unvermögenheit zur Leistung nicht ausgeübt werden kann. Mit anderen Worten, die subjective Unvermögenheit, eine Leistung zu erfüllen, wird im Rechtswege nicht berücksichtigt, begründet nicht das Substrat einer materiell-rechtlichen Einwendung. Es wurde daher auf den Nachweis, dass der Geklagte seit April 1889 unvermögend ist, seine Vaterpflichten zu erfüllen, kein Bedacht genommen. Dieser Nachweis würde aber insoweit in Betracht gezogen, als es sich um die Feststellung des Alimentationsbetrages pro praeterito und pro futuro handelt und wurde deswegen dem Klagebegehren nur insoferne Folge gegeben, dass das Ausmass der Alimente einheitlich mit monatlich 6 fl. bestimmt wurde. Dieser Betrag erschien dem Stande des Vaters mit Rücksicht auf die Verhältnisse des Kindes, welches in einer Stadt erzogen wird, angemessen.

Ueber Appellation des Geklagten, in welcher namentlich auf die eigenthümliche Natur der Alimentationsverbindlichkeit im Vergleiche mit anderen Obligationen, wornach dieselbe Bedürfniss auf der einen und Leistungsfähigkeit auf der anderen Seite voraussetzt, ferner darauf hingewiesen wurde, dass jeder Anhaltspunkt für die Bemessung der Alimente fehle, sowie über Appellation des Klägers pct. Ausmass der Alimente, hat die II. J. diese E. abzuändern und zu erkennen befunden: Das mit obiger Klage gestellte Begehren auf Zahlung monatlicher Alimentationsbeträge für den minderjährigen R. J. vom 1. März 1889 angefangen bis zum 28. Juni 1893 monatlich 10 fl. und vom 28. Juni 1893 bis zur Selbsterhaltungsfähigkeit desselben monatlich 15 fl. findet dermalen nicht statt.

Gründe:

Aus den Aussagen der vernommenen Zeugen und Sachverständigen hat sich herausgestellt, dass der Geklagte aus Anlass seines im April 1889 erlittenen Schlaganfalles arbeits- und erwerbsunfähig geworden ist, dass er auf die Wohlthätigkeit dritter Personen angewiesen ist, um sein Leben fristen zu können. Die derzeitige Mittellosigkeit des Geklagten ist daher als erwiesen anzunehmen. Nach § 166 ABG hat ein uneheliches Kind das Recht, von seinen Eltern eine ihrem Vermögen angemessene Verpflegung zu fordern und nach § 167 ABG fällt dann, wenn der Vater nicht im Stande ist, das uneheliche Kind zu verpflegen, diese Verbindlichkeit auf die Mutter. Die Bedingung, von welcher das Recht des Kindes auf Verpflegung abhängig ist, besteht daher darin, dass der Geklagte ein Vermögen besitzt, aus dem die Verpflegung geleistet werden kann. Nachdem nun im vorliegenden Falle nachgewiesen ist, dass der Geklagte ganz unvermögend und selbst auf die Mildthätigkeit dritter Personen angewiesen ist, so kann für dermalen das von ihm erzeugte Kind R. J. sein Recht auf Verabreichung der Alimente im gerichtlichen Wege nicht durch-

setzen. Dem Richter ist im vorliegenden Falle bei dem gänzlichen Mangel eines Vermögens auch jeder Anhaltspunkt genommen, um die Höhe der Alimentation bestimmen zu können. Es kann daher die verlangte Alimentation vom Klagstage angefangen von dem Vormund des minderjährigen R. J. dermalen nicht verlangt werden. Wegen der erwiesenen Erwerbsunfähigkeit des Geklagten kann auch der Ersatz der Alimente pro praeterito nicht begehrt werden. Dieses Begehren ist auch schon deshalb unstatthaft, weil es nach dem Klagspetite von dem Vormunde, der nicht behauptet, das Kind pro praeterito alimentirt zu haben, gestellt wurde, während dieser Anspruch auf Ersatz der Kosten pro praeterito nach § 1042 ABG nur von jener Person gestellt werden kann, die diese Auslagen für den Vater gemacht hat. Der Kläger hat nach den §§ 24 und 26 des Gesetzes vom 16. Mai 1874, RGB Nr. 69, und zwar als Vormund des Kindes aus dessen Vermögen dem Geklagten die Gerichts- und Appellationskosten zu bezahlen.

Ueber Revision des Klägers hat der OGH die E. II. J. aus den beigegebenen, durch die Ausführungen der Revisionsbeschwerde nicht widerlegten, der Actenlage und dem Gesetze entsprechenden Gründen zu bestätigen befunden.

2783.

Ein landwirthschaftlicher Hilfsarbeiter, wenn auch dauernd und gegen Monatslohn angestellt, ist nicht als unfähiger Testamentszeuge seines Dienstgebers im Sinne des § 594 ABG anzusehen.

E. v. 24. Mai 1892, Z. 6018. — (GZ 27 ex 92, Seite 222.)
I. BG St. Martin.
II. OLG Graz.

Die Erblasserin Theresia K. hat ein mündliches Testament errichtet, in welchem sie ihren Ehegatten Anton K. zum Erben einsetzte. Dieses Testament wurde von den Theresia K.'schen Geschwistern als deren Intestaterben angefochten, weil Alois D., welcher dem Testamente als Zeuge beiwohnte und welcher zur Zeit der Testamentserrichtung bei der Erblasserin und dem von ihr bedachten Ehegatten in deren gemeinsamen Haushalte gegen einen Monatslohn die Dienste eines Knechtes auf dem der Landwirthschaft gewidmeten Grundbesitze verrichtete, im Stalle schlief und mit dem übrigen Gesinde mahlzeitete u. s. w., als besoldeter Hausgenosse ein unfähiger Testamentszeuge sei. — In dem abgeführten Rechtsstreite wurde die Stellung des Alois D in dem Anton und Theresia K.'schen Hause insbesondere dahin erörtert, ob er von dem eingesetzten Erben oder von der Erblasserin gedungen, ob er als Knecht oder Taglöhner aufgenommen worden war, und ob er dauernd oder nur vorübergehend im genannten Hause diente.

Das auf Vernichtung der Erbseinsetzung gerichtete Begehren wurde in I. J. abgewiesen aus folgenden

Gründen:

... In der Anordnung des § 594 ABG erscheint der besoldete Hausgenosse nebst dem Gatten den Blutsverwandten in auf- und absteigender Linie, den Geschwistern und im selben Grade verschwägerten Personen aufgezählt. Alle anderen entfernten Verwandten sind nicht unfähige Testamentszeugen, und es ergibt sich daher aus dieser Anordnung, dass der Gesetzgeber als besoldete Hausgenossen jene Personen von der Zeugenschaft ausschliessen wollte, welche vermöge ihrer pecuniären Abhängigkeit und der Intimität ihres Unterhaltsverhältnisses zum bedachten Erben oder Legatar gleich seinem Gatten, seinen nächsten Verwandten oder Verschwägerten in so innigen Beziehungen zu ihm stehen, dass sich von ihnen befürchten liesse, dass sie dem Bedachten zu Liebe eine Unwahrheit als Zeugen bestätigen könnten. Durch das abgeführte Zeugenverhör und die Zugeständnisse auf beiden Seiten wurde festgestellt, dass der disqualificirte Zeuge Alois D. zur Zeit der Testamentserrichtung zwar im Dienste des Geklagten gestanden, dass er als solcher die üblichen Knechtarbeiten verrichtete, das Vieh fütterte, am Felde arbeitete, im Stalle, also nicht im Wohnhause des Geklagten schlief und mit dem Gesinde — nur höchst ausnahmsweise auch mit dem Dienstgeber — mahlzeitete. — Alles dies vorausgeschickt, lässt sich doch nicht behaupten, dass der Zeuge Alois D. in jenem Verhältnisse zu dem Geklagten gestanden ist, welches nach dem oben Gesagten als das der Hausgenossenschaft aufzufassen wäre, denn es fehlen die Urkriterien der Hausgenossenschaft, nämlich die Gemeinschaft der Wohnung und des Tisches, welcher, wie gesagt, nur ausnahmsweise ein gemeinsamer war. Der § 594 ABG enthält eine Ausnahmsbestimmung, ist daher strenge auszulegen und in dem vorliegenden Falle um so strenger, als die Intestaterben in dem unangefochten gelassenen Theile der letztwilligen Erklärung mit Legaten bedacht sind, so dass sie bei Stattgebung des Klagebegehrens in einem dem unzweifelhaften Willen der Erblasserin gerade entgegengesetzten Sinne doppelt bedacht würden. Da nun das Verhältniss der Hausgenossenschaft in dem vom Gesetze geforderten engen Sinne beim Zeugen Alois D. nicht vorliegend befunden wurde, musste das Klagebegehren abgewiesen werden.

Ueber Appellation der Klagsseite fand das OLG dem Klagebegehren stattzugeben.

Gründe:

... Alois D., selbst als Zeuge im Processe vernommen, gibt an, er sei am 12. März 1890 beim Geklagten in Dienst getreten, jedoch nicht auf bestimmte Zeit, indem ihm bedeutet wurde, dass er, wenn ihm der Dienst

gefalle, monatlich 3·75 fl., wenn nicht, so viel erhalte, als er Tage im Dienste war. Er verrichtete die Arbeiten wie ein Knecht oder auch Taglöhner, betreute das Vieh und schlief entweder im Stalle oder im Schupfen. Er war auch an Sonn- und Feiertagen dort und verrichtete die an solchen Tagen üblichen Arbeiten, während die Taglöhner an solchen Tagen nicht dort waren. Diese Stellung nahm er auch um die Zeit der Testamentserrichtung und auch später beim Geklagten ein. Durch die Aussagen der übrigen Zeugen wird diese Aussage ergänzt und ist weiters auch erwiesen, dass Alois D. auch die Kost im Hause des Dienstgebers genoss, und zwar mit dem Gesinde, ausnahmsweise auch am Tische des Dienstgebers. Nur darüber, ob D auf Monate gedungen war oder nur nach Taglohn arbeitete. können die Zeugen aus eigener Wahrnehmung nichts angeben. Geklagter gibt lediglich zu, dass D als Taglöhner gegen Taglohn von 20 Kreuzern bei der Erblasserin arbeitete, die Kost mit dem Gesinde hatte, theils beim Vieh, theils bei Feldardeiten verwendet wurde, wenn er dort war, im Stalle schlief, jedoch auch zu anderen Dienstgebern in Arbeit ging. Der diesfalls angebotene Zeugenbeweweis wurde vom ersten Richter nicht zugelassen, erscheint auch irrelevant, weil dieselben Zeugen, welche Geklagter anführt, über die Beweisführung der Kläger vernommen wurden und über das Verhältniss des D ausgesagt haben. Durch das Inventursprotocoll und den Grundbuchsextract ist erwiesen, dass Eigenthümer der Hauptrealität, bei welcher Wohngebäude und Stall sich befinden und zu welcher der Viehstand gehört, nicht die Erblasserin allein, sondern sie und ihr Ehegatte — der Geklagte — waren, daher die Dienstleute und Arbeiter nicht blos in Dienst und Lohn der Erblasserin, sondern beider Ehegatten standen. Zum Begriffe der Hausgenossenschaft gehört zweifellos die Wohnungsgemeinschaft. Allein unter dem Worte Haus ist nicht das Gebäude, welches unter Einem Dache steht, sondern der Haushalt und die Wohnung zu verstehen. Alle jene Personen, welche in den zum Haushalte gehörigen, dem Dienstgeber eigenthümlichen und mit dem Hauptgebäude durch die Nähe in Verbindung stehenden Gebäuden, in Räumlichkeiten, welche der Oberaufsicht des Eigenthümers unterstehen und nicht eine eigene Wohnung bilden, ihre Lagerstätte haben, welche daselbst ihr Heim haben, und wenn sie auch vorübergehend in fremden Häusern schlafen und arbeiten, doch wieder dahin zurückkehren, also dort „zu Hause sind“, müssen als Hausgenossen angesehen werden, und dies um so mehr, wenn sie dann, wenn sie beim Eigenthümer sich aufhalten, auch von ihm die Kost erhalten. Dies trifft bei dem Verhältnisse des Alois D. zum Geklagten zu; denn selbst nach den Angaben des Letzteren, um so mehr aber auch nach den Zeugenaussagen, hat Alois D. seine regelmässige Wohnung beim Geklagten gehabt, indem er in dem zu dessen Wirthschaft gehörigen Stalle seine Schlafstelle, respective sein Bett hatte, in dessen Stall und Federn hantirte und die Kost mit dem Gesinde ge-

noss. Hiebei muss aber hervorgehoben werden, dass nicht der Umstand, ob die Schlafstätte unter demselben Dache ist, sondern dass diese Personen nicht in einer abgesonderten, ihnen zur alleinigen Verfügung überlassenen Wohnung wohnen und auch sonst durch die Kost und durch die Art ihrer Beschäftigung mit dem Dienstherrn in nähere Gemeinschaft treten, das wesentliche Moment bei Beurtheilung der Hausgenossenschaft bildet. Als besoldet muss aber Derjenige angesehen werden, welcher die Dienste gegen Bezahlung in Geld oder Geldeswerth leistet. Ob diese für einen länger vorhinein bestimmten Zeitraum auf ein Mal bezahlt oder nach der Zahl der Arbeitstage berechnet wird, kann nicht entscheidend sein; denn die Absicht des Gesetzes, jene Personen, welche durch ihr Verhältniss zum Bedachten in einer gewissen Abhängigkeit von demselben stehen und deshalb der zur Fähigkeit als Solennitätszeugen nöthigen Unbefangenheit entbehren, lässt die Auslegung, dass nur solche Personen, welche eine Besoldung im engeren Sinne, d. i. also eine für längere Zeit bestimmte und regelmässige, sich wiederholende Zahlung oder Gehalt beziehen, nicht zu, weil dadurch gerade jene Personen, bei welchen obige Vorsicht am nöthigsten erscheinen muss, als fähige, höher gestellte Bedienstete aber als unfähige Testamentszeugen bezeichnet werden. Es muss vielmehr unter besoldeten Hausgenossen Derjenige verstanden, werden, welcher Hausgenosse ist und zugleich für seine Dienstleistungen einen bestimmten Lohn oder Sold erhält. Dadurch, dass dieser Sold nachträglich nach Tagen berechnet wird, wird der Arbeiter oder Bedienstete nicht zum blossen Taglöhner, da es genügt, dass er regelmässig und dauernd Dienste verrichtet und seine regelmässige, wenn auch nicht ausnahmslose Thätigkeit demselben Arbeitgeber zuwendet. Hiebei ist aber der durch Zeugen bestätigte Umstand, dass Alois D. auch an Sonn- und Feiertagen beim Geklagten arbeitete, während die Taglöhner an diesen Tagen nicht in dessen Haus kommen, von Wesenheit für die Beurtheilung des Verhältnisses. Alois D. muss daher als ein besoldeter Hausgenosse des Bedachten und gemäss § 594 ABG als ein unfähiger Zeuge hinsichtlich der zu Gunsten desselben getroffenen Verfügung angesehen werden. Da die Bestimmungen hinsichtlich der solennen Form der Testamente imperativ sind und die Nichtbeobachtung einer der im Gesetze vorgeschriebenen Solennitätsformen die Ungiltigkeit der Verfügung nach sich zieht (§§ 594 und 601 ABG), so kann die von der Theresia K. getroffene Verfügung zu Gunsten des Geklagten nicht aufrecht erhalten werden und ist in Abänderung des erstrichterlichen U. dem Klagebegehren stattzugeben.

Der OGH stellte in Stattgebung der Revisionsbeschwerde des Geklagten das erstrichterliche U. wieder her.

Gründe:

Die Rechtsanschauung der I. J. muss als eine in der Sachlage und im Gesetze begründete angesehen werden; denn die Vorschrift des § 594

ABG, wonach besoldete Hausgenossen des Erben oder Legatars in Rücksicht des ihm zugedachten Nachlasses keine fähigen Zeugen des bezüglichen Testamentes sind, muss als Ausnahmsbestimmung strenge ausgelegt werden, und kann daher nur dann zur Anwendung kommen, wenn das bezeichnete Verhältniss des Zeugen zum eingesetzten Erben, beziehungsweise Legatar ausser allem Zweifel steht. Dies ist nun hier keineswegs der Fall, da die Ergebnisse der Streitverhandlung und Beweisführung theils für, theils gegen die Annahme eines solchen Verhältnisses sprechen und überhaupt weder die Art des Dienstverhältnisses, in dem Alois D. zur Zeit der fraglichen Testamentserrichtung zu Anton K. gestanden, noch die den Begriff der Hausgenossenschaft bildenden Momente in klarer und unzweifelhafter Weise festgestellt sind. . . .

2784.

Die executive Einantwortung von Gemeindeumlagen ist auch zur Einbringung privater Forderungen zulässig.

E. v. 24. Mai 1892, Z. 6313. — (JMB 788 ex 92, Seite 123.)

Zur Hereinbringung der Forderung per 2338·96 fl. suchte die Firma A gegen die Gemeinde B in Kärnten auf Grund des rechtskräftigen Erkenntnissbescheides vom 20. November 1891 auch um executive Einantwortung der für die Gemeinde vom Steueramte einzuhebenden und bereits eingehobenen Gemeindeumlagen bis zur Deckung der Forderung an.

Das Ansuchen wurde von der I. und II. J. in der Erwägung abgewiesen, dass die Gemeindeumlagen zu den Einkünften der Gemeinde gehören, aus welchen alle Ausgaben für Gemeindezwecke zu bestreiten sind, und dass sich hiebei genau an den festgestellten Voranschlag zu halten ist (§ 66 der Gemeindeordnung für Kärnten), dass es daher nicht für zulässig erachtet werden kann, die Gemeindeumlagen einem einzelnen Gläubiger der Gemeinde zu seiner alleinigen Befriedigung ohneweiters zu überlassen; dass hiernach und auch im Hinblicke auf die Bestimmung des § 320 AGO ein solcher Zugriff nur im Wege der Sequestration der bezüglichen Einkünfte erfolgen könnte, um diese aber von der executionführenden Firma nicht angesucht worden ist.

Ueber a. o. Revisionsrecurs der Firma A fand der OGH in Abänderung beider unterrichterlichen Bescheide dem Begehren der Firma A stattzugeben, wobei erwogen wurde, dass die executive Sequestration im Sinne des § 320 AGO nur bei solchen Gefällen stattfinden kann, welche von einem unbeweglichen Gute stammen, im vorliegenden Falle aber es sich um Gemeindeumlagen handelt, welche als Zuschläge zu den Steuern von den Steuerämtern einzuheben sind, und in baarem Gelde der betreffenden Gemeinde zur Bestreitung der Ausgaben für Gemeindezwecke aus-

gefolgt werden, und der § 321 AGO im Falle der Execution auf in Geld bestehende Einkünfte des Schuldners als Executionsmodalität ausdrücklich die Einantwortung derselben nach dem Masse der Forderung des Gläubigers bezeichnet; dass kein Gesetz die Execution auf Gemeindeumlagen mittelst executiver Einantwortung derselben zur Hereinbringung von Privatforderungen verbietet, und aus dem mit dem JME vom 18. October 1880, Z. 14681, kundgemachten FME vom 12. September 1880, Z. 23731, welcher den hiebei zu beobachtenden Vorgang normirt, gefolgert werden muss, dass eine derartige executive Einantwortung dem Gesetze nicht widerstreitet; dass der erste Richter den kärntnerischen Landesausschuss zwar nicht von dem Einlangen der Klage, wohl aber von dem über diese Klage erflossenen Erkenntnissbescheide vom 20. November 1891 verständigt hat, somit auch auf Grund des letzteren die Execution ertheilt werden kann.

2785.

Die auf einer executiv versteigerten Realität pfandrechtlich versicherte Widerlageforderung ist vom Ersteher gerichtlich zu erlegen.

E. v. 24. Mai 1892, Z. 6314. — (GZ 21 ex 92, Seite 175.)

I. BG Hermagor.
II. OLG Graz.

In der Executionssache der Magdalena J. gegen Gregor J. wurde der Ersteherin der versteigerten Realität, Rosalia J., aufgetragen, den auf ihre bei letzterer Realität sichergestellte Widerlage entfallenden Betrag von 977·73 fl. ö. W. zu deponiren und die eventuelle Vertheilung dieses Betrages bestimmt.

Auf den von der Ersteherin einverständlich mit dem Executen Gregor J. eingebrachten Recurs bestätigte das Gericht II. J. den erstrichterlichen Bescheid in der Erwägung, dass der Richter von Amtswegen, somit ohne Rücksicht auf einen Vertheilungsentwurf, gemäss Hofd. vom 23. October 1794, JGS Nr. 199, lit. b, vom 17. Mai 1796, JGS Nr. 298, und vom 15. Jänner 1787, JGS Nr. 621, die Vertheilung und Zuweisung des Meistbotes für eine im Executionswege verkaufte Liegenschaft vorzunehmen und den Betheiligten hinauszugeben, dabei zwar allerdings die gesetzlichen Pfandvorrechte und den Grundbuchsstand in erster Linie zu berücksichtigen hat, dass er hiebei aber auch die rechtliche Natur der Pfandforderungen insoweit zu prüfen hat, dass eine von dem Eintritte einer Bedingung abhängige Forderung nicht unbedingt zugewiesen wird; dass der Anspruch der Ehefrau auf die Widerlage gemäss § 1230 ABG eben ein solch bedingter Anspruch ist, welcher ihr nur für den Fall gebührt, dass sie ihren Mann überlebt, während der Zinsengenuss bis dahin, sowie im Falle, dass sie vor ihrem Manne stirbt, auch das Capital zur

Befriedigung der postlocirten Realgläubiger zu verwenden und daher vorläufig zu deponiren ist; dass somit die erstrichterliche Verfügung dem Gesetze entspricht.

Gegen diese E. hat Rosalia J. den a. o. Revisionsrecurs eingebracht, worin sie das Begehren des Appellationsrecurses dahin restringirte, dass sie nur den nach Abzug eines Darlehensbetrages von 280 fl. erübrigenden Rest des Widerlagscapitals zur gerichtlichen Deponirung zu bringen habe, und führt in dem Revisionsrecurse aus, dass, wenn sie vor ihrem Ehegatten sterben sollte, die Widerlageforderung gar nicht existent wird und die postlocirten Gläubiger allerdings das Recht haben, den freigewordenen Vertheilungsfond für sich zu verwenden; allein die nächste Pfandgläubigerin, welche in diesem Falle zur Befriedigung gelangen würde, sei sie selbst, rücksichtlich ihre Verlassenschaft, und zwar mit der liquidirten Darlehensforderung per 280 fl. sammt Zinsen; es könne ihr jedoch die Verbindlichkeit nicht auferlegt werden, zu ihren Gunsten, respective zu Gunsten ihrer Erben eine Sicherstellung zu leisten; der besagte Anspruch per 280 fl. sei vielmehr im Consolidationswege erloschen; das Recht, von der Consolidation Gebrauch zu machen, könne ihr nicht benommen und sie nicht verhalten werden, gegen ihren Willen für ihre eigene Forderung Sicherstellung zu leisten.

Der OGH fand dem a. o. Revisionsrecurse keine Folge zu geben, weil Rosalia J. ihre Zustimmung zur bücherlichen Löschung der für sie auf der exequirten Realität haftenden Darlehensforderung per 280 fl. s. A. nicht ertheilt, sich auch des Verfügungsrechtes über diese Tabularpost nicht begeben hat, eine Consolidation ihrer Rechte und Verbindlichkeiten bezüglich dieser Tabularforderung demnach im Hinblicke auf die Vorschrift des § 1446 ABG nicht eingetreten ist und die unterrichterlichen E. demnach einen Grund zu einer nach dem Hofd. vom 15. Februar 1833, JGS Nr. 2593, zulässigen Abänderung oder Aufhebung nicht darbieten.

2786.

Für die Grossjährigkeit oder Curatelsbestellung von Kindern eines Emigranten, der hierlands das Staatsbürgerrecht nicht erworben hat, sind die Gesetze des betreffenden auswärtigen Staates massgebend.

E. v. 24. Mai 1892, Z. 6335. — (NZ 26 ex 92, Seite 175.)

I. LG Ried.
II. OLG Wien.

Mit dem Decrete der I. J. wurde Alfred P. als einstweiliger Curator der am 18. März 1868 geborenen Katharina N., verehelichten H, einer Tochter des serbischen Emigranten Constantin N., gemäss § 21 ABG und im Sinne des § 183 des Abh.-Pat. und § 270 ABG bestellt.

Johann B. und Gustav K. begehrten als Gläubiger der Katharina N. verehelichten H. die Enthebung des für dieselbe aufgestellten Curators Alfred P. von diesem Amte.

Die I. J. hat diesem Ansuchen stattgegeben; denn durch die Angaben des bestellten Curators ist sichergestellt, dass der Vater der am 18. März 1868 zu Graz geborenen Katharina N., verehelichten H., Namens Constantin N., das österreichische oder ungarische Staatsbürgerrecht nicht erworben hat, und wird auch nicht behauptet, dass derselbe irgend eine andere Staatsbürgerschaft erworben hat, und kann derselbe daher auch seine ursprüngliche serbische Staatsbürgerschaft nicht verloren haben; denn die Thatsache des Verlassens eines Staates involvirt noch keineswegs den Verlust der Staatsbürgerschaft. Es muss daher angenommen werden, dass Constantin N. bis zu seinem im Jahre 1875 oder 1876 erfolgten Tod serbischer Unterthan war. Die persönliche Handlungsfähigkeit desselben und seiner obgenannten Tochter ist somit gemäss § 34 ABG nach den serbischen Gesetzen in dem Falle zu beurtheilen, wenn derselbe keinen eigentlichen Wohnsitz hatte. Aus den gepflogenen Erhebungen nun ist nicht zu entnehmen, ob und wo Constantin N. von der Zeit, wo er Serbien verliess, also vom Jahre 1858 oder 1859 nach dem Sturze des Fürsten Karageorgiewitsch bis zu seinem in Ungarn im Jahre 1875 oder 1876 erfolgten Tode einen eigentlichen Wohnsitz hatte, daher der Beurtheilung der persönlichen Fähigkeit der am 18. März 1868 geborenen Katharina N., verehelichten H., die serbischen Gesetze zu Grunde zu legen sind. Nach § 37 des bürgerlichen Gesetzbuches, welches laut Certificates des serbischen Justizministeriums vom 8. Februar 1892,. Z. 1201, für das Königreich Serbien Geltung hat, erreichen die serbischen Bürger die Grossjährigkeit nach Vollendung des 21. Lebensjahres und hat Katharina N., verehelichte H., somit am 18. März 1889 die Grossjährigkeit erreicht. Aus eben diesem Grunde war auch bei der am 27. April 1889 in Graz stattgefundenen Verehelichung der Katharina N. mit Carl H. die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters derselben hierzu nicht erforderlich, indem schon damals laut Zuschrift des Pfarramtes St. Leonhard in Graz vom 7. December 1891, Z. 757, Katharina N. als serbische Unterthanin angesehen wurde, deren Verehelichung laut der vom genannten Pfarramte eingeholten Antwort des serbischen Generalconsulats in Wien vom 17. April 1889, Z. 110, kein wie immer geartetes Hinderniss im Wege stand, da die dem serbischen Gesetze unterworfene Braut volljährig war. Die einmal erworbene Grossjährigkeit hat Katharina N. selbstverständlich auch, nachdem sie durch die Verehelichung mit Carl H. die österreichische Staatsbürgerschaft in einem nach österreichischem Gesetze minderjährigen Alter erworben hat, nicht verloren, und es liegt somit kein gesetzlicher Grund zur Bestellung eines Curators oder Vormunds für dieselbe vor. Ein solcher Grund würde auch unter Annahme des Sterbeortes

des Constantin N. in Ungarn als Wohnsitz desselben nicht vorliegen, weil dann diesfalls das ungarische Gesetz zur Anwendung käme, wonach Katharina N. durch ihre Verehelichung am 27. April 1889 die Grossjährigkeit erlangt haben würde.

Dem Recurse des Curators Alfred P. hat die II. J. keine Folge gegeben, weil die Bestellung eines Curators nur zum Zwecke der Schuldbekämpfung begehrt wurde, eine Curatorsbestellung zu diesem Zwecke derzeit jedenfalls überflüssig ist, weil Katharina H. schon 24 Jahre alt, daher nach österreichischem Rechte grossjährig und selbstberechtigt ist.

Dem a. o. Revisionsrecurse des Curators hat der OGH bei dem Abgange der Voraussetzungen des § 16 des Abh.-Pat. und in der Erwägung keine Folge zu geben befunden, dass aus der Erklärung des königl. serbischen Generalconsulats in Wien vom 17. April 1889, Z. 110, ferner aus den Tauf- und Trauungszeugnissen der Katharina N. verehelichten H. hervorgeht, dass dieselbe Tochter eines serbischen Emigranten ist, dass nach dem serbischen Gesetze die Grossjährigkeit mit dem erreichten 21. Jahre erlangt wird, und dass Katharina N. zur Zeit ihrer Verehelichung mit Carl H. dieses Alter überschritten hatte, daher grossjährig war, somit kein gesetzlicher Grund vorliegt, um für dieselbe einen Curator zu bestellen.

2787.

Die Aenderung eines rechtskräftig sententionirten Haupteides dahin, dass derselbe auch nur bezüglich einzelner Posten abgelegt werden könne, ist zulässig.

E. v. 24. Mai 1892, Z. 6391. — (GH 38 ex 92, Seite 321.)

In der schriftlich verhandelten Rechtssache der Firma A. & C. H. gegen A. K. wegen Eigenthumsanerkennung an gepfändeten Fahrnissen hat bei der Ablegung des mit rechtskräftigem U. der klägerischen Firma zuerkannten Haupteides angeordneten Tagfahrt der freillige Vertretungsleister und Eidesleister K. B. erklärt, er könne diesen Haupteid nur hinsichtlich einzelner Posten ablegen. In Folge dessen stellte die klägerische Firma das Ansuchen, den Eidesleister zum Eide nur bezüglich dieser von ihm angegebenen Posten zuzulassen. Gleichzeitig erbot sich jedoch auch die Geklagte A. K. zur Beweisführung behufs Meineidsverhütung, zog jedoch dieses Begehren in der hierauf folgenden Verhandlung wieder zurück und bat sohin die klägerische Firma um das Erkenntniss, den fraglichen Eid in Folge dieser Zurückziehung als zur Gänze abgelegt zu erklären.

Nach durchgeführter Verhandlung erkannte die I. J. über die vorliegenden Streitfragen Nachstehendes:

1. Dem Ansuchen der klägerischen Firma L. & C. H., den im U. vom 24. September 1889, Z. 11462, sententionirten Haupteid als abgeschworen zu erklären, wird nicht stattgegeben, dagegen wird

2. dem Begehren derselben klägerischen Firma, dass der genannte Haupteid von K. B. nur bezüglich der unter Post-Z. 46, 47, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57 und 58 genannten Gegenstände abgeschworen werden könne, stattgegeben und wird nach Rechtskraft dieses Bescheides behufs Abnahme dieses Eides das Nöthige verfügt werden.

ad 1. An die E. der Frage, ob der Eid von K. B. in beschränkter Form abgenommen werden darf, kann erst dann eingegangen werden, wenn über das vorliegende, weitergehende Begehren der klägerischen Firma, den Eid, wie er im U. Z. 11462 sententionirt ist, für abgeschworen zu erklären, entschieden worden ist, da dann, wenn diesem letzteren Begehren stattgegeben würde, das erstere zur Gänze ausgeschlossen würde.

Dieses Begehren nun, es möge erkannt werden, dass der Eid für abgeschworen zu halten sei, stellt sich als im Gesetze nicht begründet dar; denn nach den ausdrücklichen Bestimmungen des § 231 AGO und des Hofd. vom 30. October 1788, JGS Nr. 911, ist über das Begehren um Beweiszulassung behufs Meineidsverhütung lediglich das Vorverfahren in der Richtung einzuleiten, „ob die beigebrachten Beweismittel auch wirklich zu dem abgeführten Processe gehören“ und „ob sie nicht geflissentlich bei dem vorigen Processe verschwiegen worden sind“.

Eine E. darüber, ob durch die beigebrachten Beweismittel thatsächlich der Beweis hergestellt ist, somit über ihre Relevanz, erfolgt in diesem Vorverfahren nicht, und es muss demnach, wenn der Beweisführer mit seinem Ansuchen um Zulassung zur Beweisführung behufs Meineidsverhütung abgewiesen wird oder wenn er dasselbe im Laufe dieses Vorverfahrens zurückgezogen hat, gelten, dass nunmehr der Eid in der früheren Form seitens des Eidesleisters zu schwören ist.

Vorliegend ist aber thatsächlich dieses Vorverfahren nicht weiter gediehen, als dass diese Beweisführung angeboten wurde, und dass der Beweisführer sein Ansuchen auf Grund der oberstgerichtlichen E. vom 11. März 1891, Z. 2096, bevor noch eine E. über sein diesbezügliches Ansuchen selbst erflossen war, zurückgezogen hat. Dieses Begehren ist somit als nicht gestellt anzusehen und tritt somit der Process in dasjenige Stadium wieder ein, in dem er vor Stellung dieses Ansuchens war. Die Abweisung, beziehungsweise die mit ihr gleichbedeutende Zurückziehung des Begehrens um Beweiszulassung zum Zwecke der Meineidsverhütung hat lediglich auf den Ersatz der dem Gegentheile durch dieses Zwischenverfahren verursachten Kosten einen Einfluss, indem demselben diese Kosten zuzusprechen sind, was vorliegend auch bereits mit dem Bescheide vom 16. Juni 1891, Z. 6600, geschehen ist.

ad 2. Bei der am 18. October 1890 stattgehabten Eidestagfahrt hat der freiwillige Vertretungsleister und Eidesleister der klägerischen Firma K. B. erklärt, den dieser Firma zuerkannten Haupteid nur bezüglich der Posten 46, 47, 49 bis 58 abzulegen zu können, und hat sohin die klägerische Firma ihr Begehren dahin gestellt, es möge dem K. B. gestattet werden, den Eid in dieser beschränkten Form abzulegen. Es ist daher nunmehr über die Frage zu entscheiden, ob eine derartige Erklärung, beziehungsweise die Abnahme des sententionirten Haupteides, in eingeschränkter Form trotz Rechtskraft des bezüglichen U. zulässig ist oder nicht.

Diese Frage muss bejaht werden, denn durch den zugelassenen Haupteid soll das Eigenthumsrecht der klägerischen Firma an verschiedenen, mit einander in keinem untheilbaren Zusammenhange stehenden Vermögensobjecten erwiesen werden und geschieht somit der Geklagten an ihren materiellen Rechten kein Abbruch, wenn die klägerische Firma nur bezüglich einzelner Gegenstände den Eigenthumsbeweis thatsächlich herstellt. Weiters muss erwogen werden, dass der zugelassene Haupteid nach seinem Inhalte eigentlich aus so vielen einzelnen Haupteiden zusammengesetzt ist, als es Fahrnisse gibt, bezüglich deren das Eigenthum der Firma durch diesen Eid erwiesen werden soll, und weil endlich, wenn auch in dem rechtskräftigen U. eine Trennung des Eides hinsichtlich der einzelnen Posten und die dadurch für diese eintretenden Folgen nicht ausdrücklich ausgesprochen erscheinen, es dem Sinne und Zwecke des Eides selbst entspricht, dass eine solche Trennung für zulässig erklärt werde, und durch eine Beschränkung des urtheilsmässigen Eides nachträglich die Zulässigkeit der Ablegung des Eides auch blos rücksichtlich einzelner Posten und die an diese Ablegung geknüpften Folgen ausgesprochen werden, besonders wenn erwogen wird, dass, da sich der Eidesleister doch zur Ablegung des Eides bezüglich einzelner Posten erbietet und hiedurch das Eigenthumsrecht der klägerischen Firma an diesen Vermögensobjecten unwiderlegbar dargethan werden wird, es doch nicht angeht, der klägerischen Firma auch an diesen Objecten das Eigenthum abzusprechen, was der Fall wäre, wenn dem Begehren der Geklagten, den Eid für nicht abgelegt zu erklären und die im U. an die Nichtablegung geknüpften Folgen eintreten zu lassen, stattgegeben würde, worin doch eine offenbare Ungerechtigkeit enthalten wäre.

Es wurden denn auch in diesem Bescheide — da die Parteien auch diesbezüglich ihre Aeusserungen bereits abgegeben haben — gleich für den Fall der Ablegung des Eides in eingeschränkter Form die daran geknüpften Folgen festgesetzt und da in diesem Falle die klägerische Firma in dem abgeführten Processe wegen Eigenthumsanerkennung lediglich theilweise obgesiegt haben wird, die Kosten dieses Processes gemäss § 25 des Gesetzes vom 16. Mai 1874, RGB Nr. 69, verhältnissig bestimmt.

Den gegen diesen Bescheid ergriffenen Recurs hat die II. J. abgewiesen.

Denn die angefochtene E. ist durch die ihr beigegebenen Gründe und die Erwägung gerechtfertigt, dass es dem Kläger jederzeit unbenommen bleiben muss, auf einen Theil seines Anspruches zu verzichten; dass es nur als ein solcher Verzicht auf einen Theil des erhobenen Anspruches erscheint, wenn die klägerische Firma erklärt, den zugelassenen Haupteid blos bezüglich einzelner der exscindirten Gegenstände ablegen zu wollen, indem dann eben bezüglich jener Gegenstände, rücksichtlich deren der Eid nicht abgelegt wird, der Anspruch der klägerischen Firma auf Anerkennung ihres Eigenthums aufgegeben erscheint, dass hierin nicht eine Abänderung des U. in Bezug auf den Beweissatz, von welchem die E. abhängt, sondern nur eine Einschränkung des Streitobjectes gelegen ist, und dass die Geklagte umsoweniger Grund hat, sich hiedurch beschwert zu erachten, als ihren materiellen Rechten hiemit in keiner Weise nahegetreten wird, dass das Begehren der Geklagten, den der klägerischen Firma obliegenden Eid für nicht abgelegt zu erklären, dadurch stillschweigend abgewiesen erscheint, dass dem Begehren der klägerischen Firma, den Eid in eingeschränkter Fassung ablegen zu dürfen, stattgegeben wurde, und die Geklagte sonach keinen Grund hat, sich darüber zu beschweren, dass diese Abweisung nicht ausdrücklich ausgesprochen worden ist, und dass schliesslich die Auftheilung der Kosten des Hauptprocesses keineswegs unklar ist.

Den a. o. Revisionsrecurs der Geklagten hat der OGH mangels der zur Aufhebung oder Abänderung gleichförmiger E. in dem Hofd. vom 15. Februar 1833, JGS Nr. 2593, vorgezeichneten Bedingungen einer Nullität oder offenbaren Ungerechtigkeit zurückzuweisen befunden.

2788.

Der Klagsanspruch einer Restsumme aus einer unter Brautleuten geschlossenen Geschäftsführung ist begründet, wenngleich der Ehegenosse dieselbe aus dem Titel eines vor der Trauung geschlossenen Darlehens zurückbehielt und ein weiteres wegen Formlosigkeit ungiltiges Darlehen nach der Eheschliessung hinzukam.

E. v. 25. Mai 1892, Z. 5746. — (NZ 27 ex 92, Seite 181.)

I. HG Prag.
II. OLG Prag.

Johanna N. belangte die CM ihres Gatten Franz N. auf Anerkennung der Liquidität der in die dritte Gläubigerclasse zu der CM angemeldeten Forderung per 6363 fl. und gründete ihren Klagsanspruch vor Allem auf folgende Umstände: dass sie mit dem Kaufvertrage ddto. Prag 31. October 1889 von Anna G., Henriette L., Marie B., Johann B. sen. und Johann

B. jun. das denselben zu je einem Sechstelantheile eigenthümlich gehörige Haus C.-Nr. 357—I in Prag, also zusammen fünf Sechstelantheile dieses Hauses um den vereinbarten baaren Kaufschilling per 20.000 fl. nebst Uebernahme der bücherlichen Passiven käuflich erworben hat, und dass auf Grund dieses Kaufvertrages das Eigenthum der fünf Sechstelantheile jenes Hauses zu ihren (der Klägerin) Handen einverleibt wurde; dass sie ihrem damaligen Bräutigam und jetzigen Gatten Franz N. behufs Begleichung des Kaufschillings per 20.000 fl. s. N. Ende October 1889 die in der Klage speciell angeführten, in ihrem Besitze befindlich gewesenen Werthpapiere mit dem Auftrage übergab, dieselben börsenmässig zu veräussern und mit dem Erlöse den erwähnten Kaufschilling an die oberwähnten Verkäufer zu bezahlen; dass Franz N. diese Werthpapiere zu dem damaligen Curse verkaufte, für selbe die Summe per 24.372·57 fl. löste und im Auftrage der Klägerin zur Begleichung des oberwähnten Kaufschillings und der fällig gewesenen Zinsen nnd Annuitäten von den ob dem Hause C.-Nr. 357—I in Prag haftendeu Hypothekarschulden von obigem Erlöse per 24.372·57 fl. den Theilbetrag per 22.100 fl. verwendete und die restlichen 2272·57 fl. in Händen behielt, und zwar als ein noch vor der Verehelichung mit Franz N. vereinbartes Darlehen.

Weiters gründete die Klägerin ihren Klagsansprnch auf die Umstände, dass sie nach ihrer am 20. November 1889 erfolgten Verehelichung mit Franz N. demselben die noch weiteren, in der Klage näher bezeichneten, in ihrem Besitze befindlichen Werthpapiere mit dem Auftrage übergab, dieselben börsenmässig zu veräussern und den Erlös als Darlehen zu behalten und für sich zu verwenden; dass Franz N. die Werthpapiere zum damaligen Curse verkaufte und den gelösten Betrag per 4090·51 fl., daher mit Zurechnung obiger 2272·57 fl. zusammen 6363·08 fl. als Darlehen von der Klägerin erhielt; dass Franz N. den richtigen Empfang des Betrages per 6363 fl. als Darlehen mit dem an die Klägerin gerichteten, von ihm eigenhändig unterfertigten Schreiben ddto. Prag 30. April 1890 bestätigte; dass mit Edict des HG in Prag vom 16. April 1891, Z. 23.324, über das Vermögen des Franz N. der Concurs eröffnet wurde, und die Klägerin mit der Eingabe de praes. 9. Mai 1891, Z. 28.465, ihre Darlehensforderung per 6363 fl. zur Concursmasse in die dritte Gläubigerclasse angemeldet hat, und dass diese Forderung aus dem Grunde für illiquid erklärt wurde, weil der zur Giltigkeit eines Darlehens unter Ehegatten erforderliche Notariatsact nicht vorhanden ist. In Folge dessen hielt die Klägerin ihren Anspruch auf Ersatz des ohne Rechtsgrund gegebenen Betrages per 6363 fl. aufrecht und stellte die Klagsbitte. In der Replik verlangte die Klägerin auf Grund derselben Thatsachen die Anerkennung ihres Anspruches auf Rückstellung des genannten Betrages per 6363 fl. und Liquidanerkennung bei der CM auf Grund des Rechtstitels der Geschäftsführung.

Die I. J. hat dem Klagebegehren in Betreff des Theilbetrages per 2272·57 fl. stattgegeben, in Betreff des Restes per 4090·43 fl. aber dasselbe abgewiesen, und zwar aus folgenden

Gründen:

Es ist vorerst die Frage zu beantworten, ob und inwieweit der in der Replik geltend gemachte Rechtsgrund aus der Geschäftsführung als existent und der klägerische Anspruch in dieser Richtung begründet erscheint. Die geklagterseits vorgebrachte Einwendung der unerlaubten Aenderung des Klagegrundes ist mit Rücksicht auf die Bestimmungen der §§ 3 und 8 AGO nicht stichhältig, weil sowohl der Klagsgegenstand als auch das in der Klage gestellte Begehren in seiner Wesenheit, da sie, aus einem und demselben Factum entstanden, dieselben geblieben sind. Im vorliegenden Falle ist der Gesammtbetrag per 6363 fl. mit Zurechnung der 8 kr., betreffs deren der Spruch nicht begehrt wird, aus zwei in der Klage angeführten Forderungen entstanden, nämlich aus dem Reste des für die von der Klägerin dem Franz N. vor dem Verehelichungstage zur Ausführung des bestimmten obangegebenen Auftrages ausgefolgten Werthpapiere erzielten Erlöses per 2272·57 fl. und aus dem Erlöse für die von derselben ihrem Ehegatten nach der Verehelichung als Darlehen gegebenen öffentlichen Schuldscheine per 4090·51 fl. Was den ersteren Betrag betrifft, ist es zugestanden, dass dieser Betrag per 2272·57 fl. aus der Geschäftsführung in Händen des Franz N. geblieben ist; es kann daher dieser Betrag nach § 1009 ABG zurückgefordert werden, weil die Errichtung eines Notariatsactes zu einem Vertragsabschlusse über Geschäftsführung zwischen Ehegatten gesetzlich nicht erforderlich ist, und weil der Vertrag eigentlich noch vor der Verehelichung der Contrahenten zu Stande gekommen ist. Nach der Verehelichung konnte unmöglich dieser Rechtsgrund der Forderung aus der Geschäftsführung mit dem Rechtsgrunde aus dem Darlehensvertrage verwechselt werden und die alte Verbindlichkeit in die neue übergehen, weil nach dem Gesetze vom 25. Juli 1871, RGB Nr. 76, die Giltigkeit eines zwischen Ehegatten geschlossenen Darlehensvertrages und Schuldbekenntnisses durch die Aufnahme eines Notariatsactes hierüber bedingt ist, und in diesem Falle ein solcher nicht aufgenommen wurde. Falls die Novation noch vor der Verehelichung zu Stande gekommen wäre, könnte die Klägerin die Anerkennung dieser Forderung auch aus dem Rechtsgrunde des Darlehensvertrages mit Recht beanspruchen, weil es zur Rechtsgiltigkeit einer solchen Novation der Aufnahme des Notariatsactes nicht bedarf. Aber in dieser Richtung hat es die Klägerin unterlassen, diejenigen Thatsachen, respective die diesbezüglichen übereinstimmenden Willensäusserungen der Contrahenten anzuführen, welche eine solche vor dem Verehelichungstage zu Stande gebrachte Novation begründen würden. Nachdem es nun

klar ist, dass diese Forderung per 2275 fl. der Klägerin aus dem Titel der Geschäftsführung bei Franz N. aushaftet, so musste dem Klagebegehren in Betreff derselben unbedingt nach § 1009 ABG stattgegeben werden. Was die Forderung per 4090·52 fl. respective 4090·43 fl. betrifft, so muss angenommen werden, dass die von der Klägerin selbst angeführten Thatsachen und Worte: „Nach meiner am 20. November 1889 erfolgten Verehelichung mit Herrn Franz N. übergab ich ferner Herrn Franz N. die nachstehenden in meinem Besitze befindlichen Werthpapiere mit dem Auftrage, dieselben börsenmässig zu veräussern und den Erlös als Darlehen zu behalten und für sich zu verwenden“ — in ihrem Zusammenhange unter Berücksichtigung der klaren Absicht der Contrahenten (§§ 6, 914 ABG und Art. 278 HGB) mit Rücksicht darauf, dass, wie zugestanden, Franz N. diese Werthpapiere börsenmässig veräussert und den Erlös per 4090·51 fl. als Darlehen sich belassen hat, nicht den Vertrag über die Geschäftsführung nach § 1002 ABG, sondern den Darlehensvertrag nach den §§ 938 und 990 ABG begründen sollten, und hierdurch einzig und allein der beabsichtigte Darlehensvertrag geschlossen werden sollte. Von einem Vertrage über die Geschäftsführung kann im vorliegenden Falle keine Rede sein, weil von der Klägerin ein darauf abzielender Antrag und die Uebernahme des aufgetragenen Geschäftes zur Besorgung im Namen des Anderen gar nicht substantiirt wurde. Aber auch der Rechtsgrund des Darlehensvertrages besteht nicht zu Recht, weil der geschilderte Darlehensvertrag wegen Mangel der Aufnahme des Notariatsactes absolut ungiltig ist. Daher kann die Klägerin weder aus dem Rechtsgrunde der Geschäftsführung, noch aus dem des Darlehensvertrages diese ihre Forderung zurückverlangen, respective die Anerkennung der Liquidität im Concurse ihres Gatten für sich in Anspruch nehmen. Es wird auch die Rückzahlung des für die Werthpapiere gelösten Betrages per 4090·51 fl. respective 4090·43 fl. aus dem Titel des Darlehens nur deshalb nicht verlangt, weil derselbe mangels der Errichtung eines Notariatsactes nach dem citirten Gesetz vom 25. Juli 1871, RGB Nr. 76, keine Giltigkeit hat. Insoferne daher der Klagsanspruch auf dem Rechtstitel der Geschäftsführung basirt, musste die Klage betreffs dieser Forderung per 4090·41 fl, abgewiesen werden. Die Klägerin erachtet sich auch für berechtigt, die Anerkennung der Liquidität, respective die Rückzahlung aus dem Grunde fordern zu dürfen, dass ihr Gatte mit diesem Betrage per 4090·41 fl. ohne Grund zu ihrem Schaden bereichert worden sei. Aber auch in dieser Richtung ist ihr Begehren gesetzlich nicht begründet; denn die von der Klägerin citirte Vorschrift des § 1447 ABG kann auf diesen Fall deshalb nicht angewendet werden, weil der § 1447 ABG von dem Schuldner spricht, dessen Leistung durch Zufall unmöglich geworden ist, im vorliegenden Rechtsstreite aber von einem solchen Zufalle und vom Schuldner keine Rede sein kann. Nach den Motiven zum § 1

des Gesetzes vom 25. Juli 1871, RGB Nr. 76, ist es klar, dass die Ungiltigkeit des zwischen Ehegatten ohne Notariatsact geschlossenen Darlehensvertrages eine absolute ist, dass es sich hiebei nicht nur um den Schutz dritter Personen gegen die Fiction der Ehegatten, sondern auch darum handelt, zu bestimmen, dass die Uebergabe der dargeliehenen Summe von Seite des einen Ehegatten an den anderen für diesen nur dann einen Verpflichtungsgrund für die Zurückzahlung bilden könne, wenn er sich durch Notariatsact hiezu verbindlich gemacht hat. Die Zahlung einer solchen Schuld, welche aus Mangel solcher Förmlichkeiten ungiltig ist, kann nach § 1432 ABG nicht zurückgefordert werden. Durch diese gesetzliche Bestimmung ist auch der klägerische, auf Grund des § 1435 ABG basirte Anspruch als widerlegt anzusehen, und dies umsomehr, als der rechtliche Grund zur Uebergabe des Darlehensvertrages nicht substantiirt erscheint, und daher die Voraussetzungen des § 1435 ABG nicht vorhanden sind. Die weitere klägerische, vom Geklagten widersprochene Behauptung, sie habe das Darlehen aus einem Rechtsirrthum gegeben, ist weder substantiirt, noch begründet, und zeigt vielmehr darauf hin, dass sich die Klägerin mit Gesetzunkenntniss entschuldigen will, was jedoch nach § 2 ABG nicht zulässig erscheint. Sie kann sich daher auf die gesetzliche Bestimmung des § 1431 ABG mit Fug nicht berufen. Sohin musste die Klage in Betreff des Theilbetrages per 4090·51 fl. respective nach Abzug der nicht eingeklagten 8 kr. in Betreff des Restes per 4090·43 fl, abgewiesen werden.

Ueber Appellation beider Theile hat die II. J. die E. I. J. in dem Ausspruche des Absatzes II bestätigt, in dem Ausspruche des Absatzes I abgeändert und auch diesbezüglich das Klagebegehren abgewiesen.

Gründe:

Die Klägerin Johanna N. hat zu der CM ihres Gatten Franz N. sub praes. 9. Mai 1891, Z. 28464, eine Darlehensforderung per 6363 fl. angemeldet, und in der Klage wird näher angeführt, dass sowohl hinsichtlich des Theilbetrages per 2272·57 fl., als auch hinsichtlich des weiteren Betrages per 4090·51 fl. zwischen Franz N. und der Klägerin ein Darlehensvertrag zu Stande kam. In der Replik erklärt zwar die Klägerin, dass sie ihren Anspruch allerdings nicht aus dem Titel des Darlehensvertrages, sondern aus dem Titel des Ersatzes und der Geschäftsführung ableiten will. Aber aus der ganzen Processführung ergibt sich, dass nur die Darlehensforderung per 6363 fl. eingeklagt ist und den Gegenstand der gerichtlichen E. bildet; denn die Klägerin erklärt in ihrer Klage ausdrücklich, dass sie mit der Eingabe de praes. 9. Mai 1891, Z. 28464, ihre Darlehensforderung per 6363 fl. zum Concurse anmeldete und in der Klagsschlussbitte begehrt sie die Anerkennung der Liquidität dieser zum Concurse angemeldeten Forderung. Allein die Klägerin hat

den rechtsgiltigen Bestand dieser Darlehensforderung nicht erwiesen; denn was den Betrag von 4090·51 fl. anbelangt, so liegt es auf, dass kein rechtsgiltiger Darlehensvertrag zwischen Franz N. und der Klägerin zu Stande kam; denn nach dem Gesetze vom 25. Juli 1871, RGB Nr. 76, ist die Giltigkeit eines zwischen Ehegatten geschlossenen Darlehensvertrages und Schuldbekenntnisses durch die Aufnahme eines Notariatsactes über diese Verträge und Rechtshandlungen bedingt. Wenn daher, wie im vorliegenden Falle, zwischen Franz N. und der Klägerin über das jenem von dieser gewährte Darlehen ein Notariatsact nicht aufgenommen wurde, so ist weder der Darlehensvertrag, noch das in dem Schreiben des Franz N. vom 30. April 1890 lit. B. enthaltene Bekenntniss, den Darlehensbetrag erhalten zu haben, rechtsgiltig und insbesondere nicht rechtsgiltig gegenüber der Gläubigerschaft des inzwischen in Concurs gerathenen Ehegatten der Klägerin. Das ist insbesondere bezüglich der 4090·50 fl. ganz unzweifelhaft der Fall, weil die Klägerin in der Klage selbst anführt, dass sie diesen Theilbetrag ihrem Ehegatten erst nach ihrer am 20. November 1889 erfolgten Verehelichung mit demselben als Darlehen gegeben habe. Aber auch jener Theil des Klagsanspruches, welcher sich auf die Liquidstellung des Theilbetrages von 2272·57 fl. bezieht, kann als begründet nicht erkannt werden; denn nach den Angaben der Klage übergab die Klägerin Ende October 1889 dem ihr am 20. November 1889 angetrauten Gatten Franz N. die ebendort aufgezählten, in ihrem Besitze befindlichen Werthpapiere mit dem Auftrage, dieselben börsenmässig zu veräussern, und mit dem Erlöse einen Kaufpreis für die von ihr erkauften fünf Sechstel des Hauses C.-Nr. 357—I in Prag an die Verkäufer zu bezahlen. Wie die Klage weiter erzählt, verwendete Franz N. aus diesem Erlöse den Betrag von 22.100 fl. zur Begleichung dieses Kaufschillings, der fälligen Zinsen und Annuitäten und behielt den Rest per 2272·57 fl. als Darlehen. Aus diesen Angaben erhellt keineswegs, dass der Abschluss des Darlehensvertrages vor dem Zeitpunkte der Verehelichung der Klägerin mit Franz N. zwischen denselben stattgefunden hat. Obwohl nun auf diesen Mangel in der Einrede ausdrücklich hingewiesen wurde, hat doch die Klägerin, welche in diesem Punkte beweispflichtig erscheint, unterlassen, in der Replik diesen Mangel durch Angabe des Zeitpunktes des Abschlusses des bezüglichen Darlehensvertrages zu beheben und sich darauf beschränkt, zu widersprechen, dass ihr Gatte ihr erst nach der Verehelichung den Antrag gestellt habe, ihm die 2272·57 fl. als Darlehen zu belassen, und lediglich beigefügt, dass dies Alles nach der Verehelichung geschah. Der im Hinblick auf die Vorschrift des § 1 des Gesetzes vom 25. Juli 1871, RGB Nr. 76, für den Klagsanspruch rücksichtlich des Betrages von 2272·57 fl. entscheidende Umstand, dass rücksichtlich dieses Betrages der Darlehensvertrag vor der Verehelichung der Klägerin mit Franz N. zu Stande gekommen ist,

wurde dem Gesagten zufolge von der Klägerin thatsächlich nicht einmal behauptet, ja die weiteren Ausführungen der Replik lassen mit Grund annehmen, dass die Klägerin selbst die Transactionen bezüglich der beiden Darlehen als ungiltig erachtet, weil sie selbst lediglich die dem Franz N. bezüglich der Werthpapiere ertheilten Mandate als giltig ansieht und zugibt, dass ihr erst nach der Hochzeit die Verlegenheiten ihres Gatten bekannt geworden sind, und dass sie das Geld deshalb hergegeben habe, um ihrem ihr damals angetrauten Gatten in diesen Verlegenheiten auszuhelfen. Hieraus folgt, dass die Klägerin diesen Theil des Klagsanspruches aus dem Titel des Darlehens nicht ableiten kann. Insoweit es die Klägerin in der Replik versucht, den in der Klage blos angedeuteten, aber dennoch nicht der Klagsschlussbitte zu Grunde gelegten Rechtstitel des § 1431 ABG zur Geltung zu bringen, muss dem entgegen hervorgehoben werden, dass nach § 49 ABG dem Kläger niemals erlaubt werden kann, das in seiner ersten Klage gestellte Begehren in seiner Wesenheit, das ist in Ansehung des Gegenstandes und des Klagerechtes zu ändern, dass somit eine solche Aenderung des Klagsgrundes, wie sie die Klägerin anstrebt und gegen welche seitens des Geklagten Protest erhoben wurde, unzulässig ist, so dass die diesbezüglichen Replikanführungen in keiner Weise berücksichtigt werden können, und es sind auch die weiteren diesbezüglichen Erörterungen der Parteien umsoweniger der Erwägung des Gerichtes zu unterziehen, als über die Frage, ob die Klägerin aus dem Titel des Ersatzes einen Anspruch zu erheben berechtigt ist, in diesem Processe nicht abzusprechen ist. Aus dem Angeführten ergibt sich, dass das angefochtene erstrichterliche U., insoweit die Klage hinsichtlich des Betrages per 4090·43 fl. abgewiesen wurde, bestätigt, im Uebrigen aber abgeändert werden musste.

Ueber die Revisionsbeschwerde der Klägerin hat der OGH dieselbe, insoweit sie eine a. o. ist, zurückzuweisen, über dieselbe aber, insoferne sie sich als eine ordentliche darstellt, den abändernden Theil des oberlandesgerichtlichen U. abzuändern und diesfalls das erstrichterliche U. wieder herzustellen befunden.

Gründe:

Soweit die Revisionsbeschwerde gegen den das erstrichterliche U. im Absatze II bestätigenden Theil des oberlandesgerichtlichen U. gerichtet ist, ist selbe eine a. o., welcher wegen Abganges der zur Aufhebung oder Abänderung gleichförmiger U. im Hofd. vom 15. Februar 1833, JGS Nr. 2663, vorgezeichneten Erfordernisse keine Folge gegeben werden konnte, da weder eine Nullität vorliegt, noch auch in dem angefochtenen Ausspruche eine offenbare Ungerechtigkeit zu erkennen ist. Dagegen stellt sich die ordentliche Revisionsbeschwerde als begründet dar; denn der Vertreter der geklagten CM hat im Verfahren und so auch in der Revisions-

einrede zugegeben, dass die Klägerin die Werthpapiere per 24.372·57 fl. dem Franz N. noch vor ihrer Verehelichung übergab, und dass er den aus dem Verkaufe derselben erübrigten unverwendeten Ueberrest per 2272·57 fl. in Händen behielt. Die Klägerin verlangt nun, gestützt auf diese Thatsache, die Liquidanerkennung dieses Betrages in der dritten Classe der Concursgläubiger. Von der geklagten CM wird lediglich eingewendet, dass der in der Klage bezeichnete Rechtstitel dieser Forderung, soferne derselbe in Folge eingetretener Novation jener eines Darlehensvertrages sein soll, ein hinfälliger sei, indem nicht nachgewiesen wurde, dass die Gattin den rückbehaltenen Betrag ihrem späteren Gatten noch während des Brautstandes als Darlehen zu belassen erklärt habe, dieses vielmehr erst im Laufe der späteren Ehe der Fall war, wo diese Novation in formloser, daher ungiltiger Weise erfolgte. Es ist jedoch für den fraglichen Betrag per 2272·57 fl. beziehentlich dessen angesprochene Liquidität irrelevant, ob jener Novationsvertrag zu Stande kam oder nicht, da die rechtserzeugende, im Sinne des § 3 AGO in der Klage angeführte Thatsache der Uebergabe der Werthpapiere zu einem bestimmten Zweck, und die Rückbehaltung jenes Betrages, und zwar noch vor der Verehelichung zugegeben ist, und das Recht, diesen Betrag von dem Cridatar rückfordern zu können, durch eine nachgefolgte Thatsache nicht erloschen ist, mag nun rechtzeitig ein giltiger Darlehensvertrag in Sanirung des rechtswidrigen Verhaltens des Cridatars oder ein solcher formlos und ungiltig verspätet, nämlich erst während der Ehe, geschlossen worden sein. Lediglich der Umstand, ob den Klagsthatsachen entsprechend der Forderungstitel richtig als der des Darlehens oder jener des § 1002 ABG zu bezeichnen war, kann fraglich erscheinen, wogegen der Anspruch der Klägerin auf den oberwähnten Theilbetrag nach Massgabe der Processacten zweifellos feststeht, weshalb auch das erstrichterliche U. wieder herzustellen war.

2789.

Anmassung im Sinne des § 523 ABG liegt auch dann vor, wenn der rechtswidrige Eingriff in die Eigenthumssphäre des Klägers vom Beklagten nicht in der Absicht gethan wurde, für sich ein Recht in Anspruch zu nehmen.

E. v. 25. Mai 1892, Z. 6001. — (JMB 793 ex 92, Seite 130.)

In der Rechtssache der Eheleute A, Kläger, gegen B, Geklagten, wegen Aberkennung des Fahrrechtes über das Grundstück K. Nr. 192 in X, behaupten die ersteren, dass B trotz der von ihnen auf diesem Grundstücke angebrachten Warnungszeichen wiederholt, insbesondere am 17. Februar 1891 über dasselbe gefahren sei und auf diese Weise das Eigenthum der Kläger an dem gedachten Felde beschränkt habe. B,

welcher das freie Eigenthum der Kläger anerkennt, gesteht zu, dass er am 17. Februar 1891 mit einem mit Holz beladenen Schlitten über jenes Grundstück der Kläger gefahren ist, erklärt aber zugleich, er erhebe kein Recht auf dieses Feld, er sei vielmehr blos in einer Nothlage über dasselbe gefahren, weil der längs dieses Grundstückes führende Fahrweg verschneit und unfahrbar war.

Die I. J. hat dem Klagebegehren auf Grund dieses Geständnisses und in der Erwägung stattgegeben, dass der Geklagte nach dem Ergebnisse des Zeugenbeweises über jenen Acker öfters fuhr, ohne sich in einer Zwangslage befunden zu haben, da er zur Zeit, als der Fahrweg unpassirbar war, nicht unbedingt fahren musste, und dass er hiedurch einen Eingriff in die Rechtssphäre der Kläger verübt hat, wobei es irrelevant erscheine, ob er ein Recht für sich in Anspruch nehmen wollte oder nicht.

Das OLG hat die Klage abgewiesen aus nachstehenden

Gründen:

Nicht jedes, ja auch nicht jedes unerlaubte Fahren über eine fremde Feldparcelle involvirt an sich schon die Anmassung des Rechtes, darüber zu fahren; es lag daher der Klagsseite ob, nebst der vom Geklagten zugestandenen Thatsache, noch fernere Umstände zu behaupten und zu beweisen, aus welchen geschlossen werden muss, dass in jener Thatsache eine Rechtsanmassung des Geklagten sich manifestire. Solche Umstände haben die Kläger gar nicht behauptet, vielmehr hat sich der Geklagte gegen die ihm angeschuldete Rechtsanmassung damit vertheidigt, dass er nur einer Zwangslage nachgebend gehandelt. Mit Rücksicht darauf, dass diese Behauptung des B durch die einvernommenen Zeugen erwiesen ist, musste das Klagebegehren abgewiesen werden.

Der OGH hat die E. I. J. wieder hergestellt aus nachstehenden

Gründen:

Aus dem Begriffe des Eigenthums (§ 354 ABG) ergibt sich, das niemand berechtigt ist, die im unbeschränkten Eigenthume eines Dritten befindliche Sache ohne dessen Zustimmung für sich zu verwenden und zu eigenem Vortheile zu benützen. Jeder solche Act ist ein Eingriff in die Eigenthumssphäre des Dritten, der sich dagegen durch Anrufung des gerichtlichen Schutzes vertheidigen kann. Zu diesen Schutzmitteln gehört auch die im § 523 ABG angeführte, die Abwehr der Anmassung einer Servitut bezweckende Klage. Diese Klage steht dem Eigenthümer nicht blos gegen Denjenigen zu, der diesen Eingriff als den Ausfluss des ihm auf diese Sache vermeintlich zustehenden Rechtes bezeichnet, sondern auch gegen Jenen, dessen Handlung im Sinne des § 313 ABG, zweiter Satz, in dem Falle zu einem Rechtserwerbe zu führen geeignet wäre, wenn der Eigenthümer diese Benützung seiner Sache durch den Dritten

gestatten, das ist wissentlich vornehmen liesse, ohne sich dagegen nach Vorschrift des Gesetzes zu schützen.

Wenn der Geklagte trotz der vom Kläger auf dem Grundstücke K. Nr. 192 angebrachten Warnungszeichen, wodurch dieser seinen Willen an den Tag legte, dass er über dieses Grundstück zu fahren nicht gestatte, darüber dennoch, wie durch die Zeugeneinvernahme erwiesen erscheint, wiederholt gefahren ist, und dieses Fahren nicht der Ausfluss eines ihm zustehenden Rechtes, somit ein widerrechtliches gewesen ist, so konnte der Kläger mit Recht dieses Fahren als Anmassung eines Rechtes auf das Grundstück K. Nr. 192 bezeichnen und auf Aberkennung desselben klagen, um einer Wiederholung des unbefugten Fahrens vorzubeugen. Das an sich begrifflich unbeschränkte Eigenthum ist zwar nach den bestehenden gesetzlichen Vorschriften in mancher Beziehung einer Schranke unterworfen, allein keine dieser gesetzlichen Bestimmungen verpflichtet den Eigenthümer eines Grundstückes, wenn ein öffentlicher Weg unfahrbar ist, zu dulden, dass über sein an den unfahrbar gewordenen Weg angrenzendes Grundstück gefahren werde, bis der Weg wieder fahrbar gemacht würde. Darum kann die Hinweisung des Geklagten auf den Umstand, dass der bei K. Nr. 192 vorüberführende Fahrweg verschneit war, und er auf demselben in den Wald um Klötze und mit denselben aus dem Walde nicht fahren konnte, seinem unbefugten Fahren den Charakter der Widerrechtlichkeit nicht benehmen, auch konnte die hieraus abgeleitete Nothlage die Grundlosigkeit des Klagebegehrens nicht begründen.

Aus diesen Gründen war in Abänderung des oberlandesgerichtlichen U. das erstrichterliche U. wieder herzustellen.

2790.

Der freiwillige Vertretungsleister kann zur Beschwörung von Umständen, welche sich nicht auf seine eigenen Handlungen beziehen, nicht zugelassen werden.

E. v. 25. Mai 1892, Z. 6165. — (GZ 36 ex 92, Seite 287.)
I. KG als HG Iglau.
II. OLG Brünn.

In der summarisch nach Handelsrecht verhandelten Rechtssache der Firma A gegen B wegen Zahlung eines Saldorestes von 77·42 fl. handelt es sich hauptsächlich darum, ob der Geklage der Klägerin am 18. März 1890 die Post per 75·45 fl. bezahlt habe und ob diese Post identisch sei mit jenem Betrage per 75·45 fl., welcher in dem Contocorrent unter dem 26. März 1890 gutgeschrieben erscheint, ob demnach B im März 1890 diesen Betrag per 75·45 fl. nur einmal bezahlt habe.

Die I. J. hat auf den der Klägerin zurückgeschobenen, über die obigen Thatsachen lautenden Haupteid erkannt und obwohl der Buch-

halter der Klägerin Philipp G. dem Processe als freiwilliger Vertretungsleister beigetreten ist, zur Ablegung des Eides den öffentlichen Gesellschafter der klagenden Firma Simon F. zugelassen, aus nachstehenden

Gründen:

Es handelt sich um die Entscheidung der Frage, wer diesen Eid zu leisten hat. Klägerin bezeichnet als Eidesleister ihren Buchhalter Philipp G., welcher diesem Streite als freiwilliger Vertretungsleister beitrat, die Geschäfte mit dem Geklagten abgewickelt hat, die Eintragungen in ihre Handelsbücher besorgte und demnach für die Richtigkeit dieser seiner Eintragungen verantwortlich und regresspflichtig ist; und sie klärt das Datum vom 26. März dahin auf, dass bei der Ausfertigung des dem Geklagten ertheilten Contocorrent aus dem Hauptbuche dieses Datum aus Versehen unrichtig übertragen worden sei. Der Geklagte widerspricht alle diese Umstände und Folgerungen und protestirt gegen die Zulässigkeit der freiwilligen Vertretungsleistung. Da aber die Klägerin den Rechtsgrund, aus welchem sie die Regresspflicht des Philipp G. im vorliegenden Fallé ableitet, nicht angeführt hat, und deren Behauptung, dass er als Buchhalter für die correcte und richtige Buchführung ihr verantwortlich und sohin auch aus allen von ihm in seiner Eigenschaft als Buchführer unternommenen Handlungen regresspflichtig ist, für sich allein ohne Angabe des Rechtsgrundes dieser Regresspflicht nicht genügt, um die Vertretungsleistung des Philipp G. zu begründen, und da sonach mangels der gesetzlichen Begründung der freiwilligen Vertretungsleistung derselbe vorliegendenfalls ausgeschlossen erscheint, muss die klägerische Firma selbst durch einen ihrer öffentlichen Gesellschafter, als welchen sie den Simon F. namhaft gemacht hat und welcher gemäss Art. 117 HGB die Gesellschaft vor Gericht vertreten kann, den oben sententionirten Haupteid ablegen, falls sie den ihr bedingt zuerkannten Klagstheilbetrag per 75·45 fl. ersiegen wolle.

Die II. J. hat der dagegen erhobenen Appellation der Klägerin stattgegeben und erkannt, dass jener Eid durch den freiwilligen Vertretungsleister abzulegen sei.

Gründe:

Der aufgetragene Eid lautet im Wesentlichen über eine Thatsache, welche die Richtigkeit einer speciellen Eintragung in das Handlungsbuch und eines unterlaufenen Versehens bei der Ausfertigung des Contocorrent betrifft, worüber der Buchhalter die zuverlässigste Auskunft zu geben vermag, und es ist klar, dass auch nur dieser wegen jenes Versehens in der Ausfertigung des Contocorrent seiner Firma eventuell ersatzpflichtig sein könnte. Allerdings widerspricht der Geklagte die Verwendung des Philipp G. in der oben angeführten Weise; er behauptet aber selbst nicht,

dass er in der That im Monate März 1890 zweimal, und zwar am 18. und am 26. März 1890, jedesmal den gleichen Betrag von 75·45 fl. bezahlt habe, sondern beruft sich nur auf die Beurkundung durch den Contocorrent. Nachdem jedoch Philipp G. dem Processe als freiwilliger Vertretungsleister der Klagsseite thatsächlich beigetreten ist, kann auf jenen Widerspruch des Geklagten keine Rücksicht genommen werden, und da Philipp G., zufolge des von der Klagsseite angeführten Verhältnisses zu derselben an dem Ausgange des Processes in der That ein rechtliches Interesse hat, so ist die Nichtzulassung desselben zur Ablegung des urtheilsmässigen Haupteides in seiner Eigenschaft als freiwilliger Vertretungsleister nicht gerechtfertigt, und wurde das in dieser Richtung angefochtene U. im Sinne der Beschwerde der Klagsseite abgeändert.

Der OGH hat die E. I. J. wieder hergestellt.

Gründe:

Der vom ersten Richter zugelassene und von keinem Streittheile angefochtene Haupteid enthält die Thatsache, dass der Geklagte der Klagsfirma den Betrag per 75·45 fl. am 18. März 1890 bezahlt hat, ferner den Schluss, dass diese Post identisch ist mit jenem Betrage per 75·45 fl., welcher in dem Contocorrent unter dem 26. März 1890 gutgeschrieben ist, und die Folgerung, dass der Geklagte im März 1890 den Betrag von 75·45 fl. nur einmal gezahlt hat. Da durch diesen Haupteid nur die einmalige Zahlung des Betrages per 75·45 fl. an die klagende Firma im Monate März 1890, somit der Umstand der Zahlung beschworen werden soll, in dem Processe klägerischerseits nicht behauptet wurde, dass Philipp G. ausschliesslich von der klagenden Firma zur Empfangnahme der an dieselbe geleisteten Zahlungen berechtigt war, oder dass er allein von dem Geklagten die Zahlungen, insbesondere jene im März 1890, in Empfang genommen hätte; so ist nicht einzusehen, wienach Philipp G. als Vertretungsleister der klagenden Firma diesem Processe sich anzuschliessen legitimirt wäre, da die von ihm in den Handelsbüchern unter dem 18. März 1890 eingetragene Post per 75·45 fl. richtig ist und nicht behauptet wurde, dass er jener Comptoirist ist, der laut Schlussrede den Contocorrent geschrieben und die Zahlung vom 18. März durch ein Versehen unter dem 26. März 1890 eingetragen hat. Es besteht hienach kein Grund, von der Regel, dass der Haupteid von der Partei, dem Streittheile selbst abzulegen ist (§§ 203, 206 ff. AGO), abzuweichen und den Philipp G. zur Beschwörung von Umständen zuzulassen, die sich nicht auf seine eigenen Handlungen beziehen; deshalb wurde in Abänderung des U. II. J. das U. I. J. bestätigt.

2791.

Die Bestimmung des § 863 ABG findet auf Handelsgeschäfte auch dann Anwendung, wenn eine entgegenstehende Usance nachgewiesen wird.

E. v. 25. Mai 1892, Z. 6209. — (GH 44 ex 92, Seite 371.)

A belangte den B auf Zahlung einer aus mehreren Getreidelieferungen für ihn resultirenden Forderung von 55·50 fl. s. N. G., worunter insbesonders ein Betrag von 39·30 fl. an Sackleihgebühr. Bezüglich dieses Theilbetrages führte A in dem summarisch verhandelten Rechtsstritte an, dass er zu den effectuirten Getreidesendungen seine Säcke beigestellt und dem Geklagten Facturen übersendet habe, worauf der Vermerk beigesetzt war, dass bei einer mehr als vierzehntägigen Benützung der Säcke eine Leihgebühr von einem halben Kreuzer pro Sack und Tag zu entrichten sei, welche Facturen ganz unbeanständet geblieben seien. Andererseits gesteht Kläger zu, dass er dem Geklagten das Anerbieten, zu den betreffenden Getreidesendungen seine (des Klägers) Säcke beizustellen, ohne Erwähnung einer Sackleihgebühr gemacht habe, welches Anerbieten der Geklagte auch annahm. Der Geklagte gibt zu, dass die ihm vom Kläger zugesendeten Facturen den behaupteten Vermerk enthielten, doch sei derselbe für ihn nicht verbindlich, da nach einer bestehenden Handelsusance in einem solchen Falle, wenn bei der mündlichen Vereinbarung über die Beistellung der Säcke von der Sackleihgebühr keine Rede war, auch bei unbeanständeter Annahme der Factura keine solche Leihgebühr zu entrichten sei. Ueber den Bestand dieses Handelsgebrauches wurde der angebotene Sachverständigenbeweis zugelassen. Die Sachverständigen erklärten, dass eine solche Usance, wie sie Kläger behauptete, nicht bestehe, bestätigten jedoch auf weiteres Befragen als allgemeinen Handelsgebrauch, dass in einem solchen Falle der Empfänger nicht zur Zahlung der in der Factura angesetzten, sondern nur jener Gebühren verpflichtet gelte, welche ortsüblich und den Verhältnissen angemessen sei. Zugleich erklärten sie im vorliegenden Falle eine Sackleihgebühr von $^1/_6$ Kreuzer pro Sack und Tag als angemessen und eine solche von $^1/_4$ bis $^1/_8$ Kreuzer als ortsüblich.

Die I. J. verurtheilte den B nur zur Zahlung von je $^1/_6$ Kreuzer pro Sack und Tag, im Ganzen von 12·10 fl., mit nachstehender

Begründung:

Vorerst wird ausgeführt, dass es sich hier um absolute Handelsgeschäfte handelt, daher nach Handelsrecht zu entscheiden sei.

Zwischen den vertragschliessenden Parteien wurde mündlich wohl die Beistellung der Säcke seitens des Klägers, jedoch keinerlei zu vergütende Abnützungsgebühr (Sackleihgebühr) vereinbart. Der Vermerk auf den Facturen stellt sich sonach als ein vom Kläger an den Geklagten gestellter Antrag dar, auf welchen der Geklagte keinerlei Erklärung abgab.

Aus Art. 319 und 320 HGB im Entgegenhalte des Art. 323 ergibt sich, dass nach Handelsrecht das Stillschweigen auf einen zwischen Abwesenden gestellten Antrag nicht als Annahme des Antrages aufzufassen sei, vielmehr nur in dem davon gänzlich verschiedenen Falle des Art. 323 HGB die stillschweigende Annahme eines ertheilten Auftrages vermuthet wird. Hiernach ist im vorliegenden Falle blos über die Beistellung der Säcke durch den Kläger ein Vertrag (unter Anwesenden) zu Stande gekommen, nicht aber in Betreff einer zu leistenden Sackleihgebühr.

Wollte man aber entgegenhalten, dass das HGB keine ausdrückliche Bestimmung darüber enthält, dass ein unter Abwesenden gestellter Vertragsantrag als abgelehnt gilt, wenn darauf gar keine Antwort ertheilt wird, so käme nach Art. 1 HGB nicht sofort das bürgerliche Recht (§ 863 ABG), sondern vorerst der durch den abgeführten Sachverständigenbeweis nachgewiesene Handelsgebrauch zur Anwendung. Nach dieser Usance zieht die stillschweigende Annahme einer mit dem bezeichneten Vermerke versehenen Factura nicht die Verpflichtung des Empfängers zur Zahlung der vom Absender einseitig angesetzten Beträge nach sich, woraus sich ergibt, dass nach Handelsgebrauch eine Vereinbarung über die Höhe der Sackleihgebühr nicht als zu Stande gekommen gilt. Bei dem Bestande dieses Handelsgebrauches ist daher auf die Bestimmung des § 863 ABG nicht zurückzugreifen. Uebrigens ist die Disponirung des Geklagten über die vom Kläger beigestellten Säcke als eine Folge des mündlich getroffenen Uebereinkommens, wobei kein Entgelt festgesetzt wurde, anzusehen und kann „mit Ueberlegung aller Umstände“ nicht als stillschweigende Annahme der klägerischen Gebührenansätze betrachtet werden.

Wenn die von den Sachverständigen bekundete Usance ferner den Empfänger zur Zahlung der ortsüblichen angemessenen Sätze verpflichtet erachtet, so ist dies lediglich die Anwendung der Bestimmung des Art. 290 HGB, wonach der Kläger für den Dienst, welchen er dem Geklagten durch das Leihen der Säcke leistete, nur jene Vergütung beanspruchen kann, welche ortsüblich ist. Der Geklagte wurde daher blos zur Zahlung dieser letzteren Leihgebühr verurtheilt.

Die II. J. hat diese E. abgeändert.

Gründe:

Allerdings hat der Geklagte die Höhe der eingeklagten Sackleihgebühr nicht insbesondere bestritten und ist auch mit dem B. vom 21. December 1891, Z. 14771, ein Sachverständigenbeweis über die Höhe der Gebühr, welche für den Fall in Betracht zu kommen hätte, wenn von deren vertragsmässiger Festsetzung abzusehen sein würde, gar nicht zugelassen worden. Allein im vorliegenden Falle kann von der Erörterung der Frage, ob nicht in der Bestreitung der Verpflichtung zur Leistung jener Gebühr überhaupt auch die Bestreitung des Betrages gelegen er-

scheint, mit welchem dieselbe in Anspruch genommen wird, und ob nicht die Zulassung der Befragung der Sachverständigen darüber, welche Gebühr als die ortsübliche eventuell in Betracht zu ziehen sei, in den Bestimmungen der §§ 18 und 20 der Proc.-Nov., ihre Rechtfertigung findet, ganz abgesehen werden. Denn die Klagsanführung, dass sich der Kläger auf den Facturen bedungen habe, dass ihm die zu den Getreidelieferungen beigestellten Säcke in vierzehn Tagen zurückgestellt werden müssen, widrigens eine Sackleihe-, beziehungsweise Abnützungsgebühr von einem halben Kreuzer per Sack und Tag aufgerechnet wird, ist nicht widersprochen worden, erscheint vielmehr vom Geklagten zugestanden, indem er sie lediglich dahin beantwortet hat, dass er den bezüglichen Facturenvermerk nicht als für ihn verbindlich angesehen habe, und dass der Rechtswirksamkeit eines solchen Vermerkes die allgemeine Uebung entgegenstehe, die Säcke, falls sie länger benöthigt werden, trotz des Bestandes eines solchen Vermerkes auf der Factura ohne Sackleih-, beziehungsweise Abnützungsgebühr dem Käufer zu belassen. Trifft jene Klagsanführung zu, hat also der Kläger seinen Willen, die Benützung der Säcke über die zur Zurückstellung derselben bestimmte Frist hinaus nur gegen das bezeichnete Entgelt zu gestatten, auf eine unzweideutige Art geäussert, dann muss in der seitens des Geklagten erfolgten Benützung der Säcke über diese Frist hinaus in Gemässheit der Bestimmung des § 863 ABG auch die Unterwerfung des Geklagten unter die Bedingung erblickt werden, von welcher der Kläger seine Gestattung dieser Benützung abhängig zu machen erklärt hat, zumal eine Verwahrung gegen diese Auffassung oder eine Beanständung des bezüglichen Factureninhaltes oder auch nur eine Nöthigung zur weiteren Zurückbehaltung der Säcke seitens des Geklagten nicht einmal behauptet worden ist.

An der dadurch begründeten Verpflichtung zur Zahlung der mit dem Betrage von 39·30 fl. eingeklagten Sackleihgebühr vermag weder die in der Begründung des angefochtenen U. vorkommende Berufung auf Art. 323 HGB, noch die Berufung auf das Gutachten der Sachverständigen etwas zu ändern. Die Berufung auf Art. 323 HGB, deshalb nicht, weil die Verpflichtung des Geklagten nicht in einem blossen Stillschweigen, sondern darin begründet erkannt wird, dass er über die Säcke während einer Zeit disponirt hat, zu welcher deren Eigenthümer die Verfügung darüber nur mehr gegen Entgelt zu gestatten Willens war, dass dem Geklagten diese Willensmeinung rechtzeitig bekanntgegeben worden ist, und dass er jeden Einspruch dagegen unterlassen hat. Die Berufung auf das Sachverständigengutachten aus dem Grunde nicht, weil dieses Gutachten — ganz abgesehen davon, dass es in seinem ersten Satze die in der Einrede, beziehungsweise Duplik behauptete Usance schlechtweg als nicht bestehend erklärt — in seinen Ausführungen über die rechtlichen Wirkungen des Facturenvermerkes aus den Grenzen eines Beweises durch

Kunstverständige im Sinne des XVII. Cap. der AGO heraustritt und in das Gebiet der Judicatur hinübergreift, weil die in diesen Ausführungen vertretene Ansicht von der Unverbindlichkeit einer schriftlichen Vereinbarung über die Höhe der Sackleihgebühr mit den Grundsätzen der Vertragsfreiheit und der Unabhängigkeit der Giltigkeit eines Vertrages von der Form, in welcher er errichtet worden ist, welche Grundsätze auf dem Gebiete des gemeinen Rechtes in den §§ 861, 878, 883, 902, 1412, 1413 u. A. des ABG und auf dem Gebiete des Handelsrechtes, insbesondere in den Art. 278, 283, 284, 317 u. a. m. zum Ausdrucke gelangen, in geradem Widerspruche steht und weil in Gemässheit des Art. 279 HGB, auf im Handelsverkehre geltende Gewohnheiten und Gebräuche wohl in Bezug auf die Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen Rücksicht zu nehmen ist, der Einfluss einer allfälligen Gewohnheit jedoch keineswegs dahin ausgedehnt werden darf, dass eine damit nicht in Uebereinstimmung stehende Vereinbarung dieser Nichtübereinstimmung wegen ungiltig oder doch unwirksam wäre, wenngleich die sonstige Zulässigkeit der getroffenen Vereinbarung und deren Inhalt ausser jedem Zweifel stehen.

Insoferne daher im Abs. VI des U. der Mehrbetrag an Sackleihgebühr von 26·60 fl. (= 39·90 — 13·30) abgewiesen worden ist, wird der Appellationsbeschwerde des Klägers stattgegeben und die Verpflichtung des Geklagten zur Zahlung dieses Mehrbetrages an den Kläger hiemit ausgesprochen.

Der OGH hat über Appellation des Klägers das obergerichtliche U. bestätigt aus folgenden

Gründen:

Bei dem Umstande, als der Geklagte zugestanden hat, dass in der ihm zugleich mit der Waare zugekommenen Factura der Vermerk betreffend die Zahlung einer Sackleihgebühr von einem halben Kreuzer per Sack und Tag enthalten war, und dass er davon Notiz nahm, gleichwohl aber die Factura in dieser Beziehung nicht beanständete, hat das OLG im Hinblick auf die Bestimmung des § 863 ABG mit Recht angenommen, dass diesfalls eine, beide Theile bindende Vereinbarung zu Stande gekommen ist, zumal der Geklagte auch nach Ablauf der vierzehntägigen Frist die Säcke weiter in Benützung behalten und über selbe disponirt hat. Demzufolge hat auch das OLG mit Recht darauf hingewiesen, dass die erwähnte vertragsmässige Vereinbaruug im Hinblicke auf Art. 1 und 279 HGB durch eine allenfalls entgegengesetzte Uebung nicht rechtsunwirksam gemacht werden konnte und demzufolge die Geklagten zur Zahlung auch noch des Restbetrages von 26·60 fl. noe. der Sackleihgebühr mit 6 Percent Zinsen hievon seit dem Klagstage verurtheilt, wie sich dies im Uebrigen aus der weiteren richtigen oberlandesgerichtlichen Begründung ergibt, auf welche lediglich verwiesen wird.

2792.

Die Pflicht zur Gewährleistung für ein mit dem Mangel des Dampfes behaftetes Pferd ist ausgeschlossen, wenn der Verkäufer erklärt, er leiste für das Pferd überhaupt keine Garantie, und der Käufer sich damit einverstanden erklärt.

E. v. 25. Mai 1892, Z. 6220. — (GZ 35 ex 92, Seite 279.)
I. BG Schwaz.
II. OLG Innsbruck.

A kaufte vom B ein am Mangel der Dämpfigkeit leidendes Pferd und verlangt nun die Aufhebung des fraglichen Vertrages. Der Geklagte B führt zur Entlastung von seiner Gewährleistungspflicht an, dass er sich ausdrücklich gegen Uebernahme der Gewährleistung verwahrt habe, indem er die Erklärung abgab, dass er keine Garantie für das Pferd leiste, worauf Kläger A erwiderte: „gehandelt ist gehandelt, ich frage Dir wegen dem Pferde nicht mehr nach“.

Die I. J. hat den Erfüllungseid des Geklagten über diesen, von einem unbedenklichen Zeugen bestätigten Umstand zugelassen und das Obsiegen des Klägers von der Nichtablegung desselben abhängig gemacht; das OLG hat über Appellation des Klägers das erstrichterliche U. bestätigt, beide J. aus den im Wesentlichen gleichlautenden Gründen, dass das durch den Erfüllungseid zu erhärtende Beweisthema allein entscheidend ist, weil in den Aeusserungen des Klägers ein Verzicht auf Gewährleistung (§§ 922, 923, 1444 ABG) erblickt werden muss, wenn auch zwischen Kläger und Geklagten vom Gebrechen des Dampfes keine Rede ging; denn es ist anzunehmen, dass, nachdem Geklagter sagte, ich leiste für das Pferd keine Garantie, und Kläger demungeachtet es kaufte, er mit dieser beschränkenden Vertragsbestimmung einverstanden war und keine Gewährleistung beanspruchte.

Der OGH hat die a. o. Revisionsbeschwerde des Klägers zurückgewiesen.

Gründe:

Dass jene Erklärungen, welche im Erfüllungseide ihre Aufnahme gefunden haben, erheblich und entscheidend sind, kann mit Grund umsoweniger bezweifelt werden, als sie geeignet sind, jede Haftung des Verkäufers für was immer für einen Mangel auszuschliessen und gleichzeitig zu bekunden, dass Kläger mit dieser Erklärung des Verkäufers vollständig und unbedingt einverstanden war, zumal Kläger in der Replik zugestand, dass, nachdem das Pferd hustete, er den Verdacht schöpfte, dass es dämpfig sein könnte, Geklagter ihn auf den Husten ausdrücklich aufmerksam machte, und Kläger nicht bestritten hatte, dass Geklagter von der Dämpfigkeit des Pferdes keine Kenntniss hatte, daher von einem absichtlichen Verschweigen dieses Mangels im Sinne des § 923 AGB keine Rede sein kann.

2793.

Zum Ankaufe einer Liegenschaft für ein Fideicommiss aus sogenannten Fideicommisssurrogat-Capitalien ist die Zustimmung der Legislative erforderlich.

E. v. 25. Mai 1892, Z. 6390. — (NZ 18 ex 93, Seite 113.)

I. LG Wien.
II. OLG Wien.

Mittelst Decretes ddto. 7. März 1848, Z. 3211, hat das LG Wien als Fideicommissinstanz den Verkauf der zum Fideicommisse X gehörigen Wiener Häuser Conscr.-Nr. 244 und 245 um den Kaufschilling per 200.000 fl. CM. (210.000 fl. ö. W.) mit dem Beifügen bewilligt, dass für den erzielten Kaufpreis andere ertragssichere Liegenschaften für das Fideicommiss zu erwerben sind. Behufs Erfüllung dieses accessorischen Auftrages bewilligte das LG zu Wien und sohin jenes zu Prag, an welches mittelst obergerichtlichen Decrets vom 14. Mai 1889, Z. 5818, die Jurisdiction der Fideicommissinstanz für besagtes Fideicommiss im Delegationswege übertragen wurde, regelmässig Fristen, die letzte bis zum 30. Juni 1891.

Mit der Eingabe de praes. 13. Mai 1891, Z. 21347, bat nun der Fideicommissinhaber einverständlich mit den Fideicommisscuratoren um die Genehmigung des Ankaufes der in der böhmischen Landtafel inliegenden Domäne H. aus jenem ein Bestandtheil des Fideicommisses bildenden Capitale nach dem vorgelegten Vertragsentwurfe, wurde jedoch mittelst Bescheides des LG zu P. ddto. 19. December 1891, Z. 53171, mit diesem Einschreiten unter Berufung auf den § 1 JN abgewiesen, und zwar aus folgenden

Gründen:

Laut den §§ 633 und 634 ABG ist die Fideicommissbehörde blos befugt, die Verwandlung des unbeweglichen Fideicommissgutes in ein Capital, die Vertauschung von Grundstücken gegen Grundstücke, die Vertheilung derselben gegen angemessene Zinsen oder die Ueberlassung derselben in Erbpacht zu bewilligen. Diese Befugnisse sind taxativ aufgezählt und lassen sich nicht auf den Fall der Umwandlung eines Geldfideicommisses in ein Realfideicommiss, um welche hier angesucht ist, ausdehnen, sondern ist vielmehr dafür zu halten, dass alle anderen auf die Substanz des Fideicommisses bezüglichen Umwandlungen nach § 627 ABG und dem Gesetze vom 13. Juni 1868, RGB Nr. 61, der besonderen Einwilligung der gesetzgebenden Gewalt vorbehalten sind. Daran wird durch den Umstand nicht das Mindeste geändert, dass jene Capitalien, mit deren Hilfe das landtäfliche Gut H. angekauft werden sollte, aus dem Verkaufe der Wiener Häuser Conscr.-Nr. 244 und 245, welche früher ein Realfideicommiss bildeten, herstammten, weil nur die jetzige Beschaf-

fenheit des Fideicommisses entscheidend sein kann, diese aber der Substanz nach ein Geldfideicommiss ist. Weiters bilden auch die Nebenumstände, dass der Verkauf der gedachten Häuser nur mit dem Beifügen bewilligt wurde, es seien aus dem Kaufpreise andere ertragssichere Realitäten für das Fideicommiss anzuschaffen, und dass ferner die Fideicommissinstanz wiederholt die Vorlage der bezüglichen Anträge betrieb, kein Präjudiz, weil bei Erlassung dieser Aufträge vorausgesetzt wurde, es werden bei Vollziehung derselben die gesetzlichen Schranken sich vor Augen gehalten und zum Behufe der Erfüllung ein nach dem Stande der Gesetzgebung zulässiger Modus gewählt werden, was jedoch nicht geschah, indem der Fideicommissinstanz die reale Compentenz zur E. über besagtes Einschreiten abgeht. Endlich ist auch nach der Intention der österreichischen Gesetzgebung in Fideicommisssachen nicht als statthaft zu erachten, dass an die Stelle von relativ nicht umfangreichen Hausbaugründen ausgedehnte Domänen als neues Fideicommiss treten und dem Privatverkehr entzogen werden dürften, zumal auch die Fideicommissbehörde nicht berechtigt und auch nicht befähigt ist, die volkswirthschaftlichen und öffentlichrechtlichen Consequenzen einer solchen Umwandlung zu beurtheilen und ihr Wirkungskreis lediglich dahin eingeschränkt ist, dass einer jeden Verringerung des Fideicommisses vorgebeugt werde.

Ueber den Recurs des Fideicommissinhabers hat die II. J. diese E. bestätigt, aus folgenden

Gründen:

Es hat allerdings seine Richtigkeit, dass die in Rede stehenden Capitalien kein Geldfideicommiss darstellen, sondern lediglich als Fideicommisscapitalien im Sinne des § 634 ABG anzusehen sind. Daraus lässt sich aber die Befugniss nicht ableiten, vermittelst dieser Capitalien Liegenschaften für das Fideicommiss ohne Bewilligung der gesetzgebenden Gewalt anzukaufen. Im Recurse wird vorzugsweise darauf hingewiesen, es handle sich hier eigentlich um die Bewilligung einer Vertauschung von Grundstücken im Sinne des § 633 ibid., wozu die Fideicommissbehörde berufen ist. Von einer Vertauschung kann jedoch keine Rede sein, weil die ursprünglich allerdings zu einem Fideicommisse gehörigen Realitäten selbstständig verkauft wurden, der erzielte Kaufschilling über 40 Jahre beim Gerichtsdepositenamt erliegt und erst jetzt dieses Capital zum Ankaufe eines landtäflichen Gutes verwendet werden soll. Diese Verwendung stellt sich als ein Ankauf für das Fideicommiss dar, und hat der Einschreiter selbst das betreffende zur Genehmigung vorgelegte Uebereinkommen als Kaufvertrag bezeichnet. Wenngleich nun das in Rede stehende Capital die Eigenschaft eines Surrogatcapitals aufweist, so ist es doch keineswegs als einfache Surrogirung zu betrachten, wenn an die Stelle der in dem einen Kronlande vorhandenen Häuser ein in einem anderen Kronlande

befindliches landtäfliches Gut treten soll. Es ist vielmehr eine solche Transaction im Geiste des § 627 ABG und des Gesetzes vom 13. Juni 1868, RGB Nr. 64, als Errichtung eines neuen Fideicommisses anzusehen und hierzu die Einwilligung der gesetzgebenden Gewalt anzusuchen. Mit vollem Rechte wurde ferner in dem angefochtenen Bescheide auf die volkswirthschaftlichen und öffentlich-rechtlichen Consequenzen einer derartigen Vertauschung hingewiesen und wird in dieser Richtung noch auf die Bestimmungen der Wahlordnung für den Landtag ddto. 26. Februar 1881 und der Wahlordnung für den Reichstag ddto. 4. October 1882, RGB Nr. 142, verwiesen. Die Befugniss des Erstrichters kann schliesslich auch nicht durch Berufung auf den Consens des LG in Wien, ddto. 7. März 1848, Z. 3211, begründet werden, weil dieser Consens zur nothwendigen Voraussetzung hatte, dass die Erwerbung der Liegenschaft in rechtsgiltiger Form erfolgen wird, gegenwärtig jedoch zur Erwerbung einer Liegenschaft für ein Fideicommiss ein Gesetz erforderlich ist und der besagte Consens diesfalls umsoweniger relevant erscheint, als, selbst wenn eine interimistische Einwilligung des Landesfürsten zur Errichtung des Fideicommisses ertheilt worden wäre, dasselbe laut § 2 des Gesetzes vom 13. Juni 1868, RGB Nr. 61, nicht mehr errichtet werden könnte, wenn dies binnen fünf Jahren, vom 15. Juni 1868 an gerechnet, nicht geschah.

Den a. o. Revisionsrecurs hat der OGH unter einfacher Verweisung auf die richtige Begründung der Unterinstanzen zurückgewiesen.

2794.

Nur durch die factische Ausübung eines bestimmten Rechtes für sich und in eigenem Namen kann eine Servitut mittelst Ersitzung erworben werden.

E. v. 31. Mai 1892, Z. 6481. — (Práv. XIII ex 92, Seite 440.)

I. LG Prag.
II. OLG Prag.

Die Klage der Prager Stadtgemeinde gegen den Orden der P. P. Franziskaner auf Anerkennung der Servitut des Besitzes und der beliebigen Benützung des zweiten Stockwerkes im Pfarrgebäude derselben Conscr.-Nr. 753—II zu Prag und Zustimmung zur Verbücherung derselben hat die I. J. abgewiesen — aus folgenden, den Sachverhalt einschliessenden

Gründen:

Die Klage wird darauf gestützt, dass die Stadtgemeinde Prag seit länger als vierzig Jahren das zweite Stockwerk im Pfarrgebäude des beklagten Ordens beliebig zu Schulzwecken benützt hat und auch gegenwärtig eine Schule daselbst erhält. Andere Thatumstände, aus denen eine Benützung dieses Stockwerkes für die Klägerin hervorgehen würde,

werden nicht angeführt und es frägt sich nun, welche Rechtswirkung die ausschliessliche Benützung bestimmter Localitäten zu Schulzwecken, wenngleich durch die ganze Ersitzungszeit, nach sich zieht? Schulen sind öffentliche Anstalten, welche dem allgemeinen Besten dienen und deren Erhaltung der Staatsgewalt im öffentlichen Interesse obliegt. Der Staat pflegt allerdings diese seine Pflicht, als zur Befriedigung der Culturbedürfnisse seiner Bürger berufener Factor, auf andere ihm untergeordnete Organe zu übertragen und nach dem neuesten Landesgesetze vom 27. Februar 1873, LGB Nr. 16, für Böhmen (§ 2 ib.) sind es die Schulgemeinden, denen heute diese Verpflichtung übertragen ist. Wem immer jedoch diese Pflicht der Erhaltung einschliesslich der Bestreitung der Bauauslagen für die Schullocalitäten obliegen mag, so wird hiedurch an dem Charakter der Schule als öffentlicher Anstalt nichts geändert, und wenn diesem Zwecke ein bestimmtes Vermögen gewidmet wird, so wird auch diesem der Charakter eines öffentlichen Gutes aufgedrückt und ist selbes nur zu diesem öffentlichen Zwecke zu verwenden, wer auch immer Eigenthümer desselben sein mag. Hat nun der Kläger seit langer Zeit in jenem Stockwerke eine Schule errichtet, ohne dass der belangte Orden als Hauseigenthümer dagegen eine Einwendung erhob, so konnte aus diesem langandauernden thatsächlichen Stande der Dinge nur die Verpflichtung des Belangten sich ergeben, jenen usus publicus auch weiterhin zu dulden, keineswegs jedoch irgend ein privates Benützungsrecht jener Localitäten für die Stadtgemeinde selbst, weil die Ersitzung unumgänglich den Besitz der Sache (§ 1461 ABG) d. i. hier die factische Ausübung eines bestimmten Rechtes mit dem Willen, dasselbe für sich und im eigenen Namen auszuüben erfordert. Die Klägerin hat jedoch diese Localitäten nicht für sich, sondern durch die ganze Zeitperiode lediglich zu Schulzwecken, mithin in öffentlichem Interesse benützt, so dass keine Privatperson, sondern nur die Gesammtheit aller Mitglieder derjenigen Verbände, denen die Sache zu dem bewussten Zwecke dient, als Rechtssubject dieser Benützung erscheint. Die Klägerin hat daher einen rechtmässigen Besitz des in Rede stehenden Nutzungsrechtes nie gehabt, konnte mithin dasselbe auch nie ersitzen. Es kann auch in der Thatsache, dass die Klägerin selbst das besagte Stockwerk zu Schulzwecken eingerichtet und stets mit allen Schulerfordernissen versehen hat, nicht der Besitz irgend eines Rechtes, welches zur Ersitzung führen könnte, sondern nur die Erfüllung einer den Schulgemeinden obliegenden gesetzlichen Verpflichtung erblickt werden und wird hieran durch den Umstand nichts geändert, dass die Klägerin das erwähnte zweite Stockwerk auf ihre eigenen Kosten aufgesetzt zu haben behauptet, weil, wenn sie dies nur zum Zwecke der Unterbringung der Schule darin gethan hat, hiedurch ein neuer Beleg dargethan ist, dass diese Localitäten blos öffentlichen Zwecken dienen sollten und ihre Benützung zu denselben mit der Ausübung eines privaten

Nutzungsrechtes nichts Gemeinsames hat. Ebenso unerheblich ist die Frage, wer das betreffende Pfarrgebäude erbaut hat, sowie jene, in welchem Verhältnisse überhaupt die Prager Stadtgemeinde zu dem Franziskaner-Orden steht, weil das privatrechtliche, hier allein in's Gewicht fallende Eigenthumsverhältniss des Ordens zu dem besagten Hause nicht blos nicht widersprochen, sondern von Seite der Klägerin sogar zugestanden ist. Weil ja doch die Benützung irgend einer Sache zu öffentlichen Zwecken in der Wesenheit von dem privaten Nutzungsrechte im Sinne der §§ 504 und 521 ABG gänzlich differirt, so lässt sich auch nicht in dem Begehren um Anerkennung der Servitut der Benützung — wie etwa ein minus in majori — das Begehren um die Anerkennung erblicken, dass an irgend einer Sache ein öffentlicher Gebrauch zu irgend einem gemeinnützigen Zwecke stattfinde, und es kann auch nicht in eine Erörterung der letzteren Frage eingegangen werden, sobald lediglich ein Begehren der ersteren Art vorliegt. Uebrigens könnte das letzterwähnte Begehren nur jenes berechtigte Subject erheben, zu dessen Gunsten jener Gebrauch stattfindet, und zwar blos bei der hiezu competenten Behörde. Als dieses Rechtssubject stellt sich jedoch nur die betreffende Schule dar, wie oben schon angedeutet wurde, nicht aber die Klägerin, und ist das Gericht zum Ausspruche bezüglich jenes usus publicus über die Klage der Prager Stadtgemeinde nicht berufen, weshalb die Klage zur Gänze unbedingt abzuweisen war.

Ueber die Appellation der Klägerin, worin sich dieselbe insbesondere auf die politische Schulverfassung vom 11. August 1805 berief, bestätigte die II. J. die appellirte E. aus deren Gründen und fügte hinzu:

Dadurch, dass die Stadtgemeinde Prag im Jahre 1847 in dem obbezeichneten Pfarrgebäude eine Schule untergebracht hat, hat sie sich keineswegs in den Gebrauch dieser Localitäten im eigenen Namen gesetzt, sondern blos in ihrer Eigenschaft als Schutzpatron die bewusste Schule in diesen Gebrauch eingeführt. Sowohl die Stadtgemeinde als die Pfarrschule bei Maria-Schnee waren juristische Personen, beide nach § 529 ABG befähigt zur Erwerbung des im § 504 ib. normirten Servitutsrechtes. Laut der §§ 141 bis 147 der polit. Schulverfassung vom 11. August 1805, welche bis zum Jahre 1870 in Geltung war, wurden die Lehrer an dieser Pfarrschule vom bischöflichen Consistorium ernannt, waren dazumal keine Organe der Gemeinde und wurde die Aufsicht über derlei Schulen von staatlichen und kirchlichen Behörden in Gemeinschaft ausgeübt. Hieraus geht hervor, dass Diejenigen, welche diese Schullocalitäten zu ihrem Gebrauche benützten, dieses Recht nicht im Namen der Klägerin und auch nicht für sie ausübten, da sie nicht ihre Mandatare waren, es war sogar nach § 352 der citirten Schulverfassung die Benützung der Schullocalitäten zu anderen Zwecken untersagt und sohin die Möglichkeit der Benützung seitens anderer Personen ausgeschlossen. Wenn aber die Gemeinde diese Localitäten im Stande erhielt, beheizen und reinigen

liess, so hat sie hiedurch nur ihrer gesetzlichen Verbindlichkeit gegenüber der Schule entsprochen und als Patron der Schule in deren Namen, keineswegs jedoch im eigenen Namen diesen Gebrauch gegenüber dem Hauseigenthümer ausgeübt. Da dieses Rechtsverhältniss bis zum Jahre 1870 andauerte, so ist es klar, dass vor diesem Jahre eine Ersitzung der streitigen Dienstbarkeit an Seite der Klägerin gar nicht beginnen konnte und nachdem die seither bis zum 14. December 1888 als dem Tage der Klagseinreichung abgelaufene Zeitdauer zur Vollendung der Ersitzung nicht hinreicht, so erscheint eine Inbetrachtnahme der Verhältnisse während dieser späteren eben specificirten Zeitperiode überflüssig.

Der OGH verwarf auch die a. o. Revision der Klägerin aus den Gründen der Unterinstanzen mit dem Beisatze, dass über die Frage, ob und wann irgend ein Servitutsrecht der Benützung des besagten Stockwerkes zu Schulzwecken gebühre, in diesem Stritte, in welchem es nur um den bestimmten Klagsanspruch der Stadtgemeinde sich handelt, nicht zu entscheiden und ebensowenig in die in der Revisionsbeschwerde weitläufig erörterte Frage einzugehen ist, ob den Schulen die Eigenschaft juristischer Personen zukomme oder nicht. Desgleichen lässt sich aus der von der Klägerin aufgestellten Behauptung, dass der genannte Orden die erwähnten Localitäten niemals für sich benützt habe, die Folgerung nicht ableiten, dass die Klägerin die angesprochene Servitut ersessen habe, weil keine gesetzliche Vermuthung für ein Nutzungsrecht an einer fremden Sache, wohl aber eine solche für die Freiheit des Eigenthumes besteht, mithin auch dafür, dass das Eigenthum so wenig als nur möglich eingeschränkt ist.

2795.

Nur die bestimmte Kenntniss des Gegners in dem zukünftigen Stritte schliesst die Zulassung des Beweises zum ewigen Gedächtnisse ohne Vernehmung eines Gegentheils aus.

Cassations-E. v. 31. Mai 1892, Z. 6485. — (Práv. XVIII ex 92, Seite 630.)

In dem Einschreiten um Zulassung des Beweises zum ewigen Gedächtnisse durch den Zeugen C in ihrem intendirten Stritte peto. Schadenersatz führte die Gesuchstellerin (Mühleneigenthümerin) A an, dass sie den alten bereits unbrauchbar gewordenen Mühlapparat in ihrer Mühle behufs Ersetzung durch neue Maschinen (Turbinen) beseitigt habe, wogegen mehrere Wasseranrainer bei der politischen Behörde Einsprache erhoben, so dass sie nicht im Stande war, die neue Maschinerie einrichten zu lassen und die Wasserkraft zu benützen. Das eingeleitete Administrativverfahren ist bis nun zu keinem rechtsgiltigen Abschlusse gelangt und A demzufolge nicht in der Lage, schon derzeit jene Personen mit Bestimmtheit zu bezeichnen, welche in dem intendirten Stritte wegen Schaden-

ersatz in Folge Nichtbenützung der Wasserkraft ihre Gegner sein werden, weil erst aus dem Ergebnisse des beregten Verfahrens hervorgehen wird, welche Personen durch ihre Einwendungen die Schuld an dem entstandenen Schaden tragen. A bat mithin um Zulassung des erwähnten Beweises nach Zulass des Hofd. vom 15. Jänner 1787 lit K, RGB Nr. 621, ohne Vernehmung des Gegners.

Die I. J. stellte das Gesuch mit dem Auftrage zurück, jene Wasseranrainer namhaft zu machen, welche bei der politischen Behörde die obberührten Einwendungen erhoben haben, und welche also als die eventuellen Gegner der Einschreiterin anzusehen sind, weil A im Sinne des citirten Hofd. nicht mit Grund behaupten kann, dass ihr dieselben dermal unbekannt sind. Die II. J. verwarf den dagegen eingebrachten Recurs der A, weil durch dessen Ausführungen die Motivirung des Erstrichters keineswegs erschüttert ist, vielmehr gerade aus demselben deutlich zu Tage tritt, dass Einschreiterin die Personen, welche sie in dem vorhabenden Streite als ihre Gegner ansehen kann, schon derzeit genau kennt.

Dem a. o. Revisionsrecurse der A hat der OGH Folge gegeben und unter Behebung der gleichlautenden E. der Untergerichte aufgetragen, über das Gesuch der A unter Absehen von dem gebrauchten Weisungsgrunde das gesetzliche Verfahren einzuleiten; denn das Hofd. vom 15. Jänner 1787 lit. K, Nr. 621 JGS, gestattet das Ansuchen um den Beweis zum ewigen Gedächtnisse auch schon zu einer Zeit, wo dem Beweisführer noch nicht bekannt ist, wer seinerzeit sein „eigentlicher Gegentheil“ sein wird. Nun hat die A in ihrem Gesuche angegeben und grundhältig dargelegt, dass ihr derzeit nicht bekannt ist, wer seinerzeit ihr „eigentlicher“, das ist genau bezeichneter Gegner sein wird und kann auch aus den Anführungen im Gesuche nicht mit Grund angenommen werden, dass als eventuelle „eigentliche“ Gegner in dem bevorstehenden Processe jene (im Einschreiten übrigens nicht einmal näher bezeichneten) Personen anzusehen seien, welche in dem erwähnten Administrativverfahren Einsprache gegen die Aufstellung der Turbinen erhoben haben.

2796.

Die Verurtheilung zur Leistung einer actorischen Caution kann nur auf eine im § 310 AGO bestimmte Weise vollstreckt werden.

E. v. 31. Mai 1892, Z. 6597. — (GZ 33 ex 92, Seite 263.)

I. BG Meran.
II. OLG Innsbruck.

Der erstrichterliche B., womit dem Ansuchen des Geklagten gegen den abwesenden Kläger zur Sicherstellung der actorischen Caution per 200 fl., zu deren Leistung der Kläger verhalten worden war, die executive Pfändung jener angeblichen Forderung per 783·30 fl., welche der Kläger

aus dem Titel des Obsthandels bei dem Geklagten anzusprechen haben soll, Folge gegeben wurde, wurde vom OLG mit der Motivirung bestätigt, dass die Abwesenheit des Klägers dem Geklagten nicht das Recht auf actorische Caution benehmen kann, daher letzterer auch die pfändungsweise Sicherstellung zu verlangen befugt ist.

Der OGH hat in der Erwägung, dass Kläger allerdings weder die Klagscaution, noch den Paupertätseid abgelegt und Geklagter dadurch das Recht erlangt hat, die rechtskräftig gewordene E. im Executionswege durchzusetzen, dass aber die angesuchte Pfändung zur Sicherstellung nicht der geeignete gesetzliche Executionsschritt ist, weil, wenn auch die Leistung der Caution für die Processkosten oder die Ablegung des Paupertätseides binnen der gesetzlichen Frist nicht stattgefunden hat und es dem Kläger nicht gestattet sein kann, diese Leistung beliebig hinauszuziehen und dadurch das dem Geklagten zugesprochene Recht illusorisch zu machen, es sich doch immer nur um eine dem Kläger aufgetragene Leistung handelt, welche im Sinne des § 409 tir. GO (§ 310 AGO) nur durch Geld oder andere Strafen zu erzwingen ist, dem a. o. Revisionsrecurse des klägerischen Curators Folge gegeben und mit Abänderung der untergerichtlichen E. den Geklagten mit seinem Gesuche um Pfändung zur Sicherstellung abgewiesen.

2797.

Die Zulässigkeit des Verbotes ist weder durch die Fälligkeit des Anspruches, noch durch eine unmittelbare Geldforderung bedingt.

E. v. 31. Mai 1892, Z. 6665. — (GH 9 ex 93, Seite 77.)

I. BG Teplitz.
II. OLG Prag.

Die I. J. hat das Gesuch des Franz N. gegen Franz F. um Bewilligung des gerichtlichen Verbotes auf die dem Letzteren gegen Emanuel G. zustehenden Ausgleichsforderungen per 7700 fl. wegen des ihm gegen Franz F. zustehenden Rechtsanspruches, wonach derselbe gehalten ist, die Schuld der zwischen ihm und Franz F. eingegangenen Gesellschaft gegenüber dem Fritz S. aus dem bezirksgerichtlichen Vergleiche vom 1. October 1886, intimirt am 29. October 1886, Z. 30007, im Betrage von 3320 fl. für die Gesellschaft an Fritz S. zu bezahlen, mit Berufung auf §§ 284 und 285 AGO abgewiesen, weil aus den vorgelegten Acten nicht hervorgeht, dass dem Verbotswerber Franz N. gegen Franz F. eine durch Urkunden erhärtete oder auch nur eine hinlänglich bescheinigte Forderung zusteht; denn wenn auch Fritz S. auf Grund des hiergerichtlichen Intimates vom 29. October 1886, Z. 30.007, laut welchem sich Franz F. und Franz N. zur ungetheilten Hand verpflichtet haben, den Betrag von 3320 fl. an Fritz S. zu bezahlen, die Einverleibung des executiven

Pfandrechtes für diese Forderung von 3320 fl. auf die Realitäten des Franz N. erwirkt hat, so hat Fritz S. dadurch noch keineswegs von Franz N. Zahlung seiner Forderung erhalten, und es ist immer noch ungewiss, ob und mit welchem Betrage Fritz S. von Franz N. Befriedigung seiner Forderung erlangt. Es ist aber nach § 896 ABG ein Mitschuldner zur ungetheilten Hand nur nach Bezahlung der ganzen Schuld berechtigt, von dem anderen Mitschuldner entsprechend dem zwischen ihnen bestehenden besonderen Verhältnisse Ersatz zu fordern; dagegen kennt das ABG einen Rechtsanspruch eines Correalschuldners wider den anderen aus dem zwischen ihnen obwaltenden besonderen Verhältnisse vor geleisteter Zahlung an den gemeinsamen Gläubiger nicht.

Den Recurs des Franz N. hat die II. J. abgewiesen; denn der § 283 AGO setzt voraus, dass dem Verbotswerber eine Forderung und zwar eine Geldforderung gegenüber seinem Gegner zustehe, da dieser Paragraph bestimmt, dass der Gläubiger wegen Abgang anderer hinlänglicher Zahlungsmittel in Gefahr stehen muss. Im vorliegenden Falle hat der Recurrent seiner eigenen Angabe gemäss gegen Franz F. keine Forderung auf Zahlung eines Geldbetrages, sondern nur, dass dieser die Gesellschaftsschuld per 3320 fl. an Fritz S. aus den von ihm gemachten Empfängen abtrage und hiedurch den Recurrenten gegenüber den Fritz S. enthafte. Was für eine Geldforderung und wenn eine solche aus diesem Verhältnisse zwischen den Beiden entstehen kann, hängt von der endlichen Austragung dieser Angelegenheit zwischen dem Recurrenten und Franz S. einerseits und Fritz S. andererseits ab; denn dann erst wird es vorliegen, inwieweit die Voraussetzungen des § 896 ABG zutreffen. Der Recurrent hat somit keine solche Forderung nachgewiesen, wie sie zu der Bewilligung des Verbotes nothwendig wäre.

Dem a. o. Revisionsrecurse des Franz N. hat der OGH stattzugeben, beide untergerichtlichen Erledigungen abzuändern, das begehrte Verbot gegen eine von dem Verbotswerber zu leistende genugsame Sicherheit, um den Gegner wegen des Schimpfes und Schadens Genugthuung zu verschaffen, zu bewilligen und der I. J. zu verordnen befunden, zur Bestimmung dieser Sicherheit eine Tagfahrt auf kurze Frist zur Vernehmung beider Theile anzuberaumen und sodann auszusprechen, wie die Sicherheit zu leisten sei, weil aus den von dem Kläger beigebrachten Urkunden hervorgeht, dass der Geklagte aus Anlass eines mit dem Kläger und Fritz S. geschlossenen Gesellschaftsvertrages von dem Letzteren die Summe von 8000 fl. empfangen hat, dass sich aber mittelst gerichtlichen Vergleiches sowohl dieser als auch der Kläger zur ungetheilten Hand verbindlich gemacht haben, dem Fritz S. den Rest der gedachten 8000 fl. im Betrage von 3320 fl. unter Executionsfolgen zu bezahlen, dass auf Grund dieses Vergleiches von Fritz S. die Einverleibung des executiven Pfandrechtes für diese Forderung auf die Liegenschaften des Klägers er-

wirkt, dass in die Rechnung des Geklagten über das gesellschaftliche Unternehmen der Empfang jener 8000 fl. nicht eingestellt wurde, dass aber gleichwohl diese Rechnung ein Guthaben des Klägers beziffert, weil somit der Kläger, wenn auch nicht hinlänglich, so doch einigermassen bescheinigt hat, dass für die Bezahlung der dem Fritz S. aus dem Vergleiche gebührenden Forderung und für die Enthaftung der Liegenschaften des Klägers der Belangte aufzukommen habe, weil ein Verbot weder an die Fälligkeit des Anspruches, noch an eine unmittelbare Geldforderung geknüpft ist, weil also der Umstand allein, dass das Klagebegehren nicht auf Zahlung an den Kläger, sondern auf Zahlung der Gesellschaftsschuld an Fritz S. und Enthaftung des Klägers gerichtet ist, die Abweisung des Gesuches zu rechtfertigen nicht vermag, indem nach § 285 AGO bei nicht hinlänglichen Beweismitteln das Verbot doch gegen angebotene Sicherstellung zu bewilligen ist, weil die Gefahr des Klägers wegen Abganges anderer hinlänglicher Zahlungsmittel des Geklagten aus den beigebrachten Pfändungsprotocollen hervorgeht, weil daher nach dem Hofd. vom 15. Februar 1833, JGS Nr. 2593, in Abänderung der offenbar ungerechten E. das Verbot gegen Sicherstellung des Geklagten zu bewilligen, die Art derselben aber, da sie in dem vorliegenden eigenthümlichen Falle, ohne die Parteien gehört zu haben, sofort nicht ermessen werden kann, der erstrichterlichen Verhandlung und Bestimmung zu überlassen ist.

2798.

In den vor den BG anhängig gemachten Streitsachen aus Handelsgeschäften ist die Frist zur Einbringung der Appellationsbeschwerde nicht nach § 9 des kais. Pat. vom 9. April 1782, sondern nach § 252 der AGO zu berechnen.

E. v. 31. Mai 1892, Z. 6669. — (GH 33 ex 92, Seite 280.)

I. BG Bensen.
II. OLG Prag.

Die Firma A hat gegen B die Klage überreicht, in welcher gebeten wurde, zu erkennen, der Geklagte sei schuldig, den erwachsenen Saldo für erkaufte und gelieferte Waaren im Betrage von 999·95 fl. binnen drei Tagen bei sonstiger Execution zu bezahlen.

Ueber diese Klage wurde die mündliche Verhandlung angeordnet, und es hat nach verhandelter Rechtssache das BG mit U. vom 27. Jänner 1892, Z. 233, über die eingewendete Incompetenz erkannt.

Das U. wurde beiden Theilen am 30. Jänner 1892 zugestellt, und es haben beide Theile gegen dieses U. appellirt, und zwar der Geklagte sub praes. 12. Februar 1892, Z. 988, die klägerische Firma erst am 13. Februar 1892, Z. 1013.

Obwohl die klägerische Firma, wie angeführt, um einen Tag später als der Geklagte die Appellationsbeschwerde eingebracht hat, hat dieselbe

in Beantwortung der ihr am 17. Februar 1892 zugestellten Appellationsbeschwerde des Geklagten in der sub praes. 25. Februar 1892, Z. 1322, eingebrachten Appellationseinrede die verspätete Einbringung der Appellationsbeschwerde des Geklagten gerügt und ausdrücklich gebeten, dass diese Appellation nicht mehr statthabe, und ist nur unter Verwahrung in die Beantwortung der Appellationsbeschwerde eingegangen.

Der Geklagte hat die klägerische Appellationsbeschwerde nicht beantwortet.

Auf Grund der vom BG vorgelegten Acten hat die II. J. dem Begehren der klägerischen Firma entsprochen und die Appellation des Geklagten als verspätet zurückgewiesen, zugleich aber auch aus demselben Grunde die noch später eingebrachte Appellationsbeschwerde der klägerischen Firma zurückgewiesen; denn das erstrichterliche U., welches über die bestrittene Zuständigkeit des angerufenen Gerichtes entschieden hat, wurde beiden Theilen am 30. Jänner 1892 zugestellt, und es hat der Geklagte die Appellationsanmeldung und Beschwerde erst am 12. Februar, die klagende Firma sogar erst am 13. Februar 1892 eingebracht. Da die Rechtssache, wegen welcher der Process geführt wird, die Zahlung eines restlichen Kaufpreises für Waaren, die der Geklagte gekauft hat, um sie weiter zu veräussern, zum Gegenstande hat, sohin ein Handelsgeschäft im Sinne des Art. 271 HGB ist, eignet sich die Klage zur Handelsgerichtsbarkeit.

Klagen dieser Art können an Orten, wo kein HG ist, nach § 59 JN auch bei dem zuständigen gewöhnlichen Gerichte eingebracht werden, und es tritt nach Art. 3 HGB in einem solchen Falle das gewöhnliche Gericht an dessen Stelle, d. h. das gewöhnliche Gericht ist für diese Rechtssache HG.

Das Patent vom 9. April 1782, JGS Nr. 41, welches das Verfahren bei den Merkantilgerichten regelt, ordnet im § 9 an, dass in Handlungsgeschäften die zur Anmeldung der Appellation bestimmte Frist auf acht Tage herabgesetzt sein soll. Mit Rücksicht darauf erscheinen die am 12. und sogar erst am 13. Februar 1892 eingelangten Appellationen verspätet.

Da die klägerische Firma, welcher die Appellation des Geklagten am 17. Februar 1892 zugestellt worden ist, die Verspätung in der Appellationseinrede de praes. 25. Februar 1892, Z. 1322, ausdrücklich gerügt hat, der Geklagte dagegen die ihm am 17. Februar 1892 zugestellte Appellation der klägerischen Firma nicht beantwortet hat, mussten die Appellationen beider Theile nach der Resolution vom 11. September 1784, JGS Nr. 335, und Hofd. vom 19. Mai 1786, Nr. 550 JGS, verworfen werden.

Ueber den Revisionsrecurs der klägerischen Firma hat der OGH in Stattgebung dieses Revisionsrecurses die oberlandesgerichtliche E., insoferne mittelst derselben die Appellationsbeschwerde der klägerischen

Firma gegen das bezirksgerichtliche U. als verspätet verworfen wurde, — unter Unberührtlassung der die Verwerfung der Appellationsbeschwerde des Belangten betreffenden nicht angefochtenen obergerichtlichen E. — aufzuheben und dem OLG die meritorische E. der Appellationsbeschwerde der klägerischen Firma zu verordnen befunden, weil als Merkantil- und Wechselgerichte im Sinne des § 1 des kais. Pat. vom 9. April 1782, JGS Nr. 41, dermal nur die HG und die zur Ausübung der Handelsgerichtsbarkeit bestimmten Gerichtshöfe I. J. (§ 57 JN) anzusehen sind, keineswegs aber auch die BG, welchen, wie sich dies aus dem § 60 JN ergibt, die den HG zustehende Competenz nicht im vollen Umfange zukommt, weil sonach im vorliegenden Falle die Bestimmungen des § 9 des vorcitirten kais. Pat. keine Anwendung finden, die im § 252 AGO bestimmte Frist aber von der klägerischen Firma eingehalten wurde, weshalb die obergerichtliche E. als auf einer unrichtigen Voraussetzung beruhend, insoferne diese betreffs der Verwerfung der Appellationsbeschwerde der klägerischen Firma angefochten wurde, behoben werden musste.

2799.

Collision der Statusrechte eines von der gerichtlich geschiedenen Ehegattin nach der Scheidung geborenen Kindes mit dessen Ansprüchen gegen den unehelichen Vater (§ 138, 158 und 163 ABG).

E. v. 1. Juni 1892, Z. 6223. — (JMB 790 ex 92, Seite 125.)

Die von ihrem Gatten bereits seit dem Jahre 1882 gerichtlich geschiedene A als Mutter und B als Vormund des von der ersteren am 12. Februar 1891 geborenen Kindes überreichten gegen C die Klage wegen Vaterschaft und Alimentation, in welcher angeführt wird, dass C der Kindesmutter in der Zeit vom 12. April bis zum 12. August 1890 beigewohnt hat, wogegen C, welcher die behauptete Beiwohnung widerspricht, einwendet, dass das von A geborene Kind ein eheliches sei, weil dieselbe verheiratet ist, woran der Umstand nichts ändert, dass ihre Ehe gerichtlich geschieden wurde.

Die I. J. hat das Klagebegehren für dermal abgewiesen.

Gründe:

Nach § 138 ABG streitet für diejenigen Kinder, welche im zehnten Monate nach dem Tode des Mannes oder nach gänzlicher Auflösung des ehelichen Bandes geboren wurden, die Vermuthung der ehelichen Geburt. Im gegebenen Falle gesteht die Klägerin selbst ein, dass ihre Ehe nicht aufgelöst, sondern blos von Tisch und Bett geschieden wurde, und dass ihr Mann noch lebe, weshalb die Vermuthung des § 138 ABG vorliegend platzgreift. Die Kläger wären nur dann zur gegenwärtigen Klage berechtigt, wenn die Vermuthung des § 138 ABG durch den in Gemässheit

des § 158 ABG geführten Rechtsstreit widerlegt worden wäre; da jedoch die Klägerin A nicht einmal behauptet, dass ihr Mann die eheliche Geburt des Kindes nach § 158 ABG bestritten hat, sondern vielmehr anführt, dass die in diesem Paragraph bestimmte Frist noch nicht abgelaufen sei, so musste das Klagebegehren für dermal abgewiesen werden, zumal der Umstand, dass A selbst gesteht, das Kind sei ein uneheliches, irrelevant erscheint.

Das OLG hat dem Klagebegehren für den Fall stattgegeben, wenn die Kläger die Klagsbehauptungen durch den Haupteid erweisen.

Gründe:

Da das von A geborene Kind nicht innerhalb des gesetzlichen Zeitraumes des § 138 ABG geboren ist, kann die Rechtsvermuthung der ehelichen Geburt nach diesem Paragraphe nicht für dasselbe streiten. Vielmehr bestimmt der § 155 ABG, dass bei denjenigen Kindern, welche zwar von einer Gattin, jedoch vor oder nach dem im § 138 mit Rücksicht auf die eingegangene oder aufgelöste Ehe bestimmten gesetzlichen Zeitraume geboren worden sind, die rechtliche Vermuthung der unehelichen Geburt statt hat, und verordnet in Uebereinstimmung mit dieser Norm das Hofd. vom 15. Juni 1835, JGS Nr. 39, dass Kinder, welche von einer von Tisch und Bett geschiedenen Ehegattin zehn Monate nach gerichtlicher Scheidung geboren werden, nur dann für ehelich zu halten sind, wenn gegen den Ehemann der Mutter der im § 163 ABG geforderte Beweis geführt, oder wenn sonst bewiesen wird, dass in dem Zeitraume, in welchem nach § 138 die Zeugung geschehen konnte, der Ehemann und die Mutter, obgleich ohne dem Gerichte die Anzeige zu erstatten, in die vorige Gemeinschaft zurückgetreten waren. Dazu, dass rücksichtlich eines solchen später geborenen Kindes die rechtliche Vermuthung der unehelichen Geburt eintrete, bedarf es demnach nicht erst eines Widerspruches von Seite des Mannes, indem die Bestreitungsklage des Mannes nach § 158 ABG voraussetzt, dass das Kind von der Gattin innerhalb des gesetzlichen Zeitraumes geboren wurde, und ist sonach auch der im § 156 bezeichnete gerichtliche Widerspruch des Mannes nur bei einer früheren Geburt des Kindes erforderlich, da der § 157 nur von dem Gegenbeweise wider die im § 155 aufgestellte Vermuthung spricht, und offenbar kein neues Erforderniss anordnen wollte. Kraft der im § 155 ABG und in dem vorcitirten Hofd. ausgesprochenen rechtlichen Vermuthung ist demnach das von A geborene Kind, ohne Rücksicht darauf, ob deren Gatte die Vaterschaft zu diesem Kinde gerichtlich widersprochen hat oder nicht, als ehelich nicht zu betrachten und hätte in jedem Falle der Belangte, wenn in dem vorliegenden Processe, in welchem der Ehemann der Klägerin selbst nicht Partei ist, ein derartiger Beweis überhaupt zulässig wäre, den Gegenbeweis der Ehelichkeit des Kindes zu liefern gehabt, welchen derselbe nicht einmal angeboten hat.

Der OGH fand das erstrichterliche U. wieder herzustellen.

Gründe:

Der Klagsanspruch wird auf den § 163 ABG gestützt, ist aber ein verfrühter. Denn diese Gesetzesstelle hat, wie schon die Marginalinschrift besagt, blos bei unehelichen Kindern Anwendung; nun ist im vorliegenden Falle die Klägerin A die mit Decret vom 12. December 1882 von Tisch und Bett geschiedene Ehegattin des Andreas A, welcher noch lebt, und ist die zwischen ihnen abgeschlossene Ehe bis nun zu nicht für ungiltig erklärt worden. Da dieses Kind nicht innerhalb des gesetzlichen Zeitraumes des § 138 ABG geboren ist, kann die Rechtsvermuthung der ehelichen Geburt für dasselbe zwar nicht streiten, vielmehr trifft nach § 155 und Hofd. vom 15. Juni 1835, JGS Nr. 39, die rechtliche Vermuthung der unehelichen Geburt ein. Hierzu bedarf es nicht erst des Widerspruches des Ehemannes. Denn die Bestreitungsklage des § 158 ABG setzt voraus, dass das Kind innerhalb des gesetzlichen Zeitraumes geboren wurde, und der im § 156 ABG erwähnte gerichtliche Widerspruch ist nur bei einer früheren Geburt des Kindes erforderlich, zumal der § 157 ABG nur vom Gegenbeweise wider die Vermuthung des § 155 spricht und offenbar kein neues Erforderniss anordnen wollte. Demnach ist das am 12. Februar 1891 geborene Kind der Klägerin, ohne Rücksicht darauf, ob ihr Gatte die Vaterschaft gerichtlich widersprochen hat oder nicht, oder aber ob er noch den Widerspruch erheben kann, vorweg nicht als ein eheliches anzusehen, woraus aber noch keineswegs folgt, dass das Kind wirklich unehelich ist; denn das Gesetz hat in dem bezogenen Paragraphe nur eine Vermuthung der Unehelichkeit aufgestellt, beziehungsweise das Stattfinden der Vermuthung der Ehelichkeit negirt und den Beweis der Ehelichkeit des Kindes offen gelassen. Dieser Beweis darüber, ob das Kind ehelich sei oder nicht, kann zwar nicht durch die widersprechenden Taufscheine in A und Nr. 2 als hergestellt angesehen werden, da dieselben gemäss Hofd. vom 15. Jänner 1787, JGS Nr. 621, lit. ff nur das, worüber sie eigens errichtet sind, nämlich die Taufe des Kindes beweisen; allein die Ehelichkeit des Kindes kann im gegebenen Falle dadurch bewiesen werden, dass gegen den Ehemann der im § 163 ABG geforderte Beweis geführt, oder sonst erwiesen wird, Ehemann und Mutter seien im Zeitraum, in welchem nach § 138 ABG die Zeugung geschehen konnte, in die vorige Gemeinschaft zurückgetreten. Dieser Beweis kann aber im vorliegenden Processe nicht stattfinden, weil der Ehegatte der Klägerin gar nicht Streittheil ist und könnte nur in dem vom Curator des Kindes gegen den Ehemann auf Anerkennung der ehelichen Geburt zu führenden Processe erbracht werden, und das Recht dieser Beweisführung muss dem Kinde gewahrt bleiben, da die Voraussetzungen der Präjudicial- und Statusklage vorhanden sind, indem nach dem Obbesagten dermalen das

Kind als ein eheliches nicht anzusehen ist. Würde nun im Präjudicialstritte Andreas A die eheliche Geburt des Kindes anerkennen, dann ist jeder Zweifel in Betreff seiner Ehelichkeit behoben, dann hat das Kind seinen ehelichen Vater, und erschiene das in der vorliegenden Klage nach § 163 gestellte Begehren ganz ausgeschlossen. Würde Andreas A die eheliche Geburt bestreiten, dann müsste gegen ihn der im Hofd. vom 16. Juni 1835, JGS Nr. 69, geforderte Beweis geführt werden. Vor Austragung des Statusstrittes ist vorliegende Klage unstatthaft, zumalen nach § 158 ABG das Geständniss der Mutter dem Kinde die rechtliche Geburt nicht entziehen kann, die Beweisführung über die eheliche Geburt des Kindes möglich ist, und so lange gegen den Ehegatten Andreas A im Statusstritte der richterliche Spruch nicht erfolgt, dass das am 12. Februar 1891 geborene Kind der Mitklägerin nicht ein eheliches ist, hat weder die Kindesmutter noch der Vormund das Recht, auf den Vorzug der ehelichen Geburt desselben zu verzichten und einen Dritten auf Anerkennung der unehelichen Vaterschaft zu klagen.

2800.

Der § 51 des GBG bezieht sich nur auf Hypothekarforderungen und kann sonach nicht analog auf andere, mit Pfandrechten behaftete grundbücherliche Rechte ausgedehnt werden.

E. v. 1. Juni 1892, Z. 6528. — (JMB 791 ex 92, Seite 128.)

Die Einverleibung der Löschung der für die A auf einer Realität haftenden Dienstbarkeit der Nutzniessung und Bewirthschaftung wurde dem B mit dem Beisatze bewilligt, dass die Rechtswirkung dieser Löschung in Ansehung der hierauf haftenden Pfandrechte erst mit deren Löschung einzutreten habe.

Hingegen überreichte die A den Recurs, in dessen Stattgebung das OLG den erstrichterlichen B. dahin abänderte, dass aus dem angefochtenen B. der Beisatz „dass die Rechtswirkung dieser Löschung in Ansehung der hierauf haftenden Pfandrechte erst mit deren Löschung einzutreten hat“, zu entfallen habe, sonach die angesuchte Einverleibung der Löschung unbedingt und vorbehaltlos und zwar unter gleichzeitiger Einverleibung der Löschung aller hierauf bewilligten Eintragungen bewilligt werde; denn die Anordnung des § 51 GBG bezieht sich nur auf eine Hypothekarforderung, auf welcher zur Zeit der begehrten Löschung noch Afterpfandrechte aushaften, und kann diese in der Natur des Pfandrechtes gegründete ausnahmsweise Bestimmung sonach nicht analog auf andere, mit Pfandrechten behaftete grundbücherliche Rechte ausgedehnt werden, was vorliegend umsomehr zuzutreffen hat, als, wie es aus der Urkundensammlung der betreffenden Grundbuchseinlagen hervorgeht, der Fall der Entsagung

der A auf die für sie einverleibte Dienstbarkeit der Nutzniessung und Bewirthschaftung ausdrücklich vorgesehen ist.

Den dawider erhobenen Revisionsrecurs des Pfandgläubigers C fand der OGH unter Hinweisung auf die gesetzmässige Begründung der angefochtenen E. und in der weiteren Erwägung abzuweisen, dass die Bestimmung des § 51 GBG, welche zweifellos sich nur auf Hypothekarforderungen bezieht, als eine Ausnahmsbestimmung nicht auch auf andere, pfandrechtlich verhaftete bücherliche Rechte ausgedehnt werden darf und das Recht der A, wie es urkundlich stipulirt wurde, durch die hierauf erwirkten Pfandrechte auch in keiner Weise alterirt werden konnte, da nach § 442 ABG niemand einem anderen mehr abtreten kann, als er selbst hat, und sonach auch die Pfandgläubiger eben nur auf das besonders geartete Recht der A ein Pfandrecht erwerben konnten, welches mit dem zeitlichen Rechte des Pfandgebers auf die verpfändete Sache erlischt.

2801.

Die dreissigjährige Verjährungsfrist eines den öffentlichen Büchern einverleibten Forderungsrechtes läuft vom Tage der Einverleibung der Uebertragung der Forderung in das öffentliche Buch und nicht vom Tage der früher erfolgten Erwerbung derselben durch den Cessionär.

E. v. 1. Juni 1892, Z. 6556. — (JMB 797 ex 92, Seite 137.)

Die Klage de präs. 8. Mai 1891 der A und Genossen gegen B wegen Anerkennung der Verjährung einer Hypothekarforderung wurde von der I. J. abgewiesen.

Gründe:

Die Geklagte B hat widersprochen, dass die fragliche Satzpost bereits über 30 Jahre auf der in Rede stehenden Realität hafte, und es war daher Sache der Kläger, diese nach § 1478 ABG zur Verjährung unumgänglich nothwendige Bedingung nachzuweisen. Nachdem aber beide Theile darüber einig sind, dass das bücherliche Pfandrecht für die Geklagte B erst auf Grund des Gesuches de präs. 9. März 1863, Z. 5486, mit B. vom 14. März 1863 grundbücherlich einverleibt wurde, so ist die erste zur Verjährung erforderliche Bedingung, nämlich der Ablauf der nach § 1478 ABG hiezu erforderlichen Zeit nicht dargethan, und ist der Umstand, dass die Forderung der X, von welcher die cedirte Forderung der B einen Theilbetrag bildet, bereits sub präs. 22. März 1825, Z. 7121. pfandrechtlich sichergestellt war, und der weitere Umstand, dass die Geklagte B die Forderung von 100 fl. bereits mit der Cession vom 18. Mai 1855 erworben hat, nicht massgebend, weil diese Cession erst sub praes. 9. März 1863 einverleibt wurde und nach § 451 ABG das bücherliche Pfandrecht erst durch die erfolgte Einverleibung erworben wird.

Das OLG hat der klägerischen Appellation stattgegeben und die Forderung sowie das dafür haftende Pfandrecht als verjährt erklärt.

Gründe:

Es kommt in erster Reihe nicht darauf an, wann die Geklagte das bücherliche Pfandrecht für ihre Forderung von 100 fl. erwarb, sondern, wann sie die Forderung selbst erworben hat, weil auch die Klage zunächst auf Anerkennung der Verjährung der Forderung selbst und erst in zweiter Reihe auf Anerkennung der Erlöschung des bezüglichen Pfandrechtes gerichtet ist. Die Geklagte hat die Forderung bereits durch die Cession vom 18. Mai 1855 erworben und es ist die Verjährungszeit von diesem Zeitpunkte zu rechnen, weil die Geklagte von ihrer Forderung bereits von dieser Zeit an Gebrauch machen konnte (§ 1478 ABG) und weil es in Bezug auf die Verjährung gleichgiltig ist, ob die Rechte, um deren Verjährung es sich handelt, in den öffentlichen Büchern einverleibt sind oder nicht (§ 1479 ABG). Seit dem 18. Mai 1855 sind aber mehr als 30 Jahre verflossen, ohne dass die Geklagte nach ihrem eigenen Geständniss während dieser Zeit von den ihr in Bezug auf diese Forderung vertragsmässig zustehenden Rechten einen Gebrauch gemacht hat. Die Forderung muss also als verjährt und durch Verjährung erloschen erkannt werden, zumal die im Jahre 1863 erfolgte bücherliche Uebertragung des Pfandrechtes an die Geklagte als eine Anerkennung der Forderung im Sinne des § 1479 ABG nicht angesehen werden kann, weil diese Uebertragung vom Willen des Hypothekbesitzers ganz unabhängig war, und er sich gegen dieselbe mit Erfolg nicht wehren konnte.

Aber auch die Berufung der Geklagten auf das Vertrauen in die öffentlichen Bücher ist nicht im Stande, die eingetretene Verjährung zu hindern; denn das Vertrauen auf die öffentlichen Bücher kann der Geklagten nach § 1500 ABG, beziehungsweise nach dem Hofd. vom 27. März 1846, JGS Nr. 951, nur mit Rücksicht auf jenen Zeitpunkt zu statten kommen, in welchem sie „das Recht an sich gebracht hat“, d. h. in welchem sie die fragliche Forderung von 100 fl. im Cessionswege erwarb, also mit Rücksicht auf den 18. Mai 1855. Eine vor diesem Zeitpunkte begonnene Verjährung könnte also der Hypothekbesitzer der Geklagten als Cessionärin mit Erfolg nicht entgegensetzen, seit dem Erwerbe der Forderung durch die Geklagte sind aber bereits mehr als 30 Jahre verflossen, und ist somit die Verjährung der Forderung vollendet.

Eine Folge der Verjährung der Forderung ist auch die Erlöschung des für sie haftenden bücherlichen Pfandrechtes, weil das Pfanderecht als accessorisches Recht der Regel nach mit der Forderung selbst aufhört, und weil sich die Geklagte bezüglich des Pfandrechtes auf ihren guten Glauben nicht berufen kann, weil endlich der § 1483 ABG nur bezüglich

des Faustpfandes, nicht aber auch bezüglich des Hypothekarpfandrechtes in Ansehung der Verjährung eine Ausnahme feststellt.

Der OGH hat das erstrichterliche U. wieder hergestellt.

Gründe:

Die Geklagte kann sich bei dem fraglichen Erwerbungsgeschäfte mit vollem Rechte auf den § 1500 ABG berufen; aus dem Grundbuche konnte die Geklagte nicht ersehen, dass die früheren Eigenthümer der Forderung von dem Rechte, Zinsen zu fordern, keinen Gebrauch gemacht hatten, und ebensowenig liegt ein Grund vor, anzunehmen, dass ihr bei Erwerbung der Forderung im Abtretungswege bekannt gemacht wurde, dass dieselbe verjährt sei. Im vorliegenden Falle ist einzig und allein der Umstand entscheidend, ob die Verjährungsfrist von der Erwerbung der Forderung im Cessionswege (1855), oder von der Einverleibung der Uebertragung derselben (1863) zu berechnen sei.

Da es sich in diesem Rechtsstritte um eine grundbücherlich eingetragene Forderung handelt, diese Forderung aber und das für dieselbe eingetragene Pfandrecht erst mit der Einverleibung in das öffentliche Buch erworben wird (§ 451 ABG), so kann die Verjährungsfrist nicht von dem ganz unmassgeblichen ausserbücherlichen Cessionsgeschäft, sondern erst von dem Eintragen desselben in die öffentlichen Bücher berechnet werden, und es kann der Anschauung des Oberrichters nicht beigepflichtet werden, welcher, die Verjährungsfrist vom 18. Mai 1855 berechnend, die Forderung als verjährt ansieht und aus dieser Verjährung der Forderung die Erlöschung des für dieselbe haftenden bücherlichen Pfandrechtes folgert, weil das Pfandrecht als accessorisches Recht mit der Forderung aufhört. Das Pfandrecht für die in Rede stehende Forderung war allerdings bereits seit dem Jahre 1825 in dem Grundbuche eingetragen, allein nicht zu Handen der Geklagten, und es bedarf wohl keiner weiteren Auseinandersetzung darüber, dass die Erwerbung, beziehungsweise Uebertragung dieses bücherlichen Pfandrechtes an die Geklagte doch nur von dem Zeitpunkte der Ueberreichung des betreffenden Grundbuchsgesuches berechnet werden kann.

Wenn endlich eine vor dem 18. Mai 1855 begonnene Verjährung der Geklagten mit Erfolg nicht entgegengesetzt werden kann, so ist nicht abzusehen, warum die Geklagte, wenn sie auch bis zum Jahre 1863 keine Zinsen erhalten und von dem Rechte, die hiedurch fällig gewordene Forderung einzutreiben, keinen Gebrauch gemacht hat, sich bezüglich der Erwerbung des Pfandrechtes nicht auf ihren guten Glauben berufen darf. Ist die Verjährungszeit nach Ansicht des OLG am 18. Mai 1855 nach § 1500 ABG wirklich unterbrochen worden, wozu jedenfalls die Gutgläubigkeit der Geklagten unbedingt erforderlich war, so kann dieser gute Glaube dadurch nicht verloren gehen, dass dieselbe erst nach achtjährigem

Nichtgebrauch ihres Rechtes die bücherliche Eintragung desselben ansuchte. Der § 1479 ABG macht allerdings zwischen verbücherten und unverbücherten Forderungen keinen Unterschied in der Richtung, dass dieselben beide binnen 30 Jahren erlöschen; diese dreissigjährige Frist kann bei bücherlichen Rechten aber doch nur von dem Zeitpunkte an berechnet werden, wo der Berechtigte in der Lage war, von diesem Rechte Gebrauch zu machen, und dieser Zeitpunkt kann kein anderer sein, als die Einverleibung des bezüglichen Erwerbungsgeschäftes in das öffentliche Buch.

2802.

Ein Notar darf die von ihm als Gerichtscommissär aufgenommenen Nachlassacten nur mittelst eines in der internen Dienstsprache verfassten Berichtes vorlegen.

E. v. 1. Juni 1892, Z. 6624. — (NZ 30 ex 92, Seite 212.)
I. BG Cilli.
II. OLG Graz.

Der Notar M in Cilli hat den Verlassact nach N, welcher Verlass ihm als Gerichtscommissär übertragen worden war, mit einem in slovenischer Sprache verfassten Vorlagebericht dem Gerichte vorgelegt.

Derselbe wurde ihm mit der Weisung rückgestellt, sich bei Vorlage von Verlassacten der internen deutschen Dienstsprache zu bedienen.

Die dagegen erhobene Beschwerde des genannten Notars hat die II. J. als unstatthaft zurückgewiesen; in der Erwägung, dass der Beschwerdeführer von der I. J. zur Vornahme der Verlassabhandlung nach N abgeordnet wurde, und demnach derselbe bei diesen Geschäften gemäss §§ 30 und 31 des Abh.-Pat., und nach § 186 der NO, die für die Gerichtsabgeordneten bestehenden Vorschriften zu beobachten hat; und in der Erwägung, dass derselbe als Gerichtscommissär einen ihm vom Gerichte ertheilten Auftrag mittelst Reschwerde (Recurs, § 9 Absatz 1 des obcitirten kais. Patentes) anzufechten nicht berechtigt ist.

Den Revisionsrecurs des Notars M. hat der OGH zurückzuweisen und die oberlandesgerichtliche Verordnung zu bestätigen befunden; in Erwägung, dass dem Notar in seiner Eigenschaft als Gerichtscommissär nur gegen die Bemessung seiner Gebühren das Beschwerderecht an das OLG zusteht (§ 28 des Gebührentarifes der Notare als Gerichtscommissäre), im Uebrigen aber sich derselbe, wie jeder Abgeordnete des Gerichtes, den Weisungen des Letzteren zu fügen hat, und nur für den Fall, als er dafür halten sollte, dass ihm hierdurch etwas Gesetzwidriges aufgetragen werde, berechtigt sein kann, dagegen bei dem Richter, der ihm eine solche Weisung zukommen liess, eine Vorstellung und eventuell eine Beschwerde bei dem diesem Richter unmittelbar Vorgesetzten einzubringen;

in Erwägung, dass diesemnach die angefochtene oberlandesgerichtliche Verordnung, womit dem Recurrenten die gegen die Weisung der I. J., sich als Gerichtscommissär bei Vorlage von Abhandlungsacten der internen deutschen Amtssprache zu bedienen, an das OLG gerichtete Beschwerde als unstatthaft zurückgewiesen wurde, sich als vollkommen gerechtfertigt darstellt.

2803.

Durch die Unterlassung der Protestlevirung seitens des Inhabers des Wechsels, welcher zugleich Domiciliat ist, geht das Wechselrecht nicht verloren.

E. v. 1. Juni 1892, Z. 6653. — (NZ 26 ex 92, Seite 175.)

Dem Geklagten B in V. wurde aufgetragen, er habe als Acceptant des Primawechsels ddto. 20. August 1891 über 450 fl. dem Kläger A in P. als dessen Aussteller, Remittenten und Inhaber den eingeklagten Wechselbetrag per 450 fl. binnen drei Tagen bei Vermeidung wechselrechtlicher Execution loco P. zu bezahlen.

In den von dem Geklagten gegen diesen Zahlungsauftrag eingebrachten Einwendungen hat der Geklagte eingestanden, dass er den Klagewechsel als Acceptant unterschrieben und bisher nicht bezahlt hat, wendete aber ein, dass der Kläger diesen Wechsel am Verfallstage nicht in Händen hatte, und dass er mangels Zahlung Protest nicht levirt habe, dass daher dem Kläger nach Art. 43 WO das Wechselrecht auch gegen den Geklagten verloren gegangen sei.

Die I. J. hat den Zahlungsauftrag unbedingt aufrecht erhalten und zwar aus folgenden

Gründen:

Die vom Kläger in Abrede gestellte Einwendung ist nicht begründet; denn, wie aus dem Inhalte des Klagewechsels hervorgeht, ist derselbe am 20. August 1891 ausgestellt, vier Monate a dato, daher am 20. December 1891 fällig gewesen; da jedoch der 20. December ein Sonntag war, so ist nach Art. 92 WO dessen Zahlungstag am 21. December eingetreten, und konnte nach Art. 41 WO die Protestlevirung rechtsgiltig am 23. December 1891 erfolgen. Da jedoch die Klage bereits am 23. December 1891 eingebracht wurde, so unterliegt es keinem Zweifel, dass der Klagewechsel, welcher, wie die Indossamente darthun, an die Filiale der Anglo-österreichischen Bank, sodann an die Oesterreichisch-ungarische Bank und von dieser wieder an die erstere Filiale girirt wurde, vor Ablauf der Protesterhebungsfrist in den Händen des Klägers sich befand. Demnach war Kläger in der Lage, den Wechsel rechtzeitig zu protestiren und falls er es nicht gethan hat, konnte er der aus diesem erworbenen

Rechte nicht verlustig werden, weil er als Domiciliat und Inhaber des Klagewechsels den Protest nur bei sich hätte erheben müssen, was offenbar eine leere Formalität wäre. Es waren daher die Einwendungen abzuweisen, und der Zahlungsauftrag musste unbedingt aufrecht erhalten werden.

Ueber die Appellationsbeschwerde des Geklagten hat die II. J. diese E. aus deren dem Gesetze und der Sachlage vollkommen entsprechenden, durch die Appellationsbeschwerde nicht entkräfteten Gründen bestätigt.

Dem a. o. Revisionsbegehren des Geklagten hat der OGH bei dem Abgange einer auch nicht geltend gemachten Nichtigkeit und in der Erwägung, dass schon das erstrichterliche U. durch die mit demselben hinausgegebene Begründung gerechtfertigt und die Ausführung der Appellationsbeschwerde an der Hand des Gesetzes entkräftet wurde, keine Folge zu geben befunden.

2804.

Gegenstand des Escomptevertrages bei Wechseln, die mittelst der vom Einreicher eigenhändig gefertigten und die Quittungsclausel über die empfangene Escomptevaluta enthaltenden Escompteliste dem Escompteur überreicht werden.

E. v. 2. Juni 1892, Z. 5694. — (JB 39 ex 92, Seite 467.)

Die Bank E. begehrte mit ihrer Klage von der Firma S. & W. die auf mehrere von ihr der genannten Firma escomptirten und von den einzelnen Acceptanten nicht eingelösten Wechsel ausbezahlte Escomptevaluta im Gesammtbetrage von 2325·99 fl. sowie die von ihr in den Wechselstritten gegen die Acceptanten und die geklagte Firma als Ausstellerin sowohl an die obsiegenden Gegenparteien als an ihren eigenen Vertreter bezahlten Kosten im weiteren Betrage von 760·66 fl. und gründet dieses Begehren auf nachstehenden Sachverhalt. Die Bank besorgte die Escomptirung der von der Firma S. & W. bei ihr eingereichten Wechsel in der Art, dass sie die entweder brieflich übersandten oder mit Escompteliste übergebenen Wechsel vor deren Censur durch die berechtigten Factoren einfach gegen Interimsbestätigung übernahm und eine am Nachmittage, in dringenden Fällen sofort zahlbare Anweisung über den entfallenden Betrag ausfolgte. Die mit einer Quittungsclausel über den Empfang der Escomptevaluta bereits versehenen Escomptelisten wurden entweder von einem der persönlich haftenden Gesellschafter der genannten Firma oder von dem Comptoiristen P. derselben überreicht. Dies geschah insbesondere auch mit der Escompteliste vom 8. August 1888, auf Grund welcher dem Ueberbringer derselben eine Escomptevaluta von 2901·55 fl. ausgezahlt wurde. Die auf der Escompteliste vorfindliche Firmazeichnung wurde später von einem der Gesellschafter vor dem Director der Bank anerkannt. Ein einziger der mit der fraglichen Escompteliste eingereichten Wechsel wurde

im Wege des Reescomptes mit 575·56 fl. rückgelöst, während die übrigen im Gesammtbetrage von 2375·79 fl. sich betreffs der Unterschriften der Acceptanten als falsch erwiesen. Letzteres wurde theils durch die in den betreffenden Stritten ergangenen U. und Eidesleistungen, theils durch Briefe nachgewiesen, in welchen die Acceptanten ihre Unterschriften auf den Wechseln für falsch erklärten. Da diese Accepte nun werthlos seien und die Escomptevaluta abzüglich des Discontos mit 2325·79 fl. an die geklagte Firma ausgezahlt wurde, erleide sie einen Schaden in der angeführten Höhe, den die geklagte Firma ebenso zu ersetzen verpflichtet sei, wie die Kosten, welche der Bank in den ganz vergeblich und mit unglücklichem Ausgange geführten Wechselstritten erwachsen sind und die sie theils durch die betreffenden U., theils durch die bezüglichen Quittungen ihres Rechtfreundes liquid stellt.

Die geklagte Firma gibt im Grossen und Ganzen den Thatbestand zu, bestreitet jedoch der auf der Escompteliste vorfindlichen Clausel über den Empfang der Escomptevaluta den Charakter einer Quittung, indem sie die Liste als einen blossen Manipulationsbehelf hinstellt, den sie im Uebrigen für den vorliegenden Fall als ein Falsum bezeichnet, und leugnet, dass einer ihrer Angestellten Auftrag oder Vollmacht erhalten habe, im August 1888 Wechsel bei der Bank einzureichen. Wenn die Auszahlung der Valuta ohne entsprechende Prüfung der eingereichten Wechsel auf ihre Echtheit und ohne von dem Empfänger der Escomptevaluta eine Legitimation zu verlangen, erfolgt sei, wie dies überall geschehe und der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes entspreche, so habe die Bank selbst die Folgen dieser Sorglosigkeit zu tragen, zumal der Firma weder zu eigenen noch eines ihrer Bevollmächtigten Handen die Escomptevaluta zugeflossen sei. Gegenstand des Escomptevertrages seien die Wechsel, nicht die Liste, und fehle es bezüglich zweier derselben an der weiteren Voraussetzung eines Schadenersatzanspruches, weil die Acceptanten nicht eingeklagt worden seien, sondern man sich mit ihrer Erklärung der Falschheit der Unterschrift begnügt habe und hiermit die Werthlosigkeit der Wechsel nicht dargethan sei. Bezüglich des Anspruches auf Ersatz der ausgelegten Vertretungskosten fehle es an jedem Rechtsgrunde. Schliesslich wird auch die Einwendung der entschiedenen Streitsache erhoben, weil in den gegen die Firma durchgeführten Wechselstritten der ganze Thatbestand der Escomptirung eingewendet und erörtert worden sei.

Die I. J. wies die Klage zur Gänze ab.

Gründe:

. . . Wie aus dem Contexte und Begehren der Klage hervorgeht, handelt es sich im vorliegenden Falle um eine Schadenersatzklage und es kommen vor Allem zwei Fragen zur Beantwortung: einmal, ob der klägerischen Bank ein Schaden in der eingeklagten Höhe erwachsen ist, und

sodann, ob die geklagte Firma diesen Schaden zu verantworten und für denselben aufzukommen habe. Was die erste Frage anbelangt, hat die klägerische Bank angegeben und wird von der geklagten Firma auch nicht ernstlich bestritten, dass der klägerischen Bank mit der Escompteliste vom 8. August 1888 fünf Wechselaccepte überreicht wurden, und dass, nachdem eines der Accepte zurückgewiesen wurde, dem Ueberbringer die Valuta nach Abzug des Discontos mit 2901·55 fl. ausbezahlt wurde. Von den übrigen vier Accepten wurde eines über 575·56 fl. von der geklagten Firma bei der Oesterreichisch-ungarischen Bank, an welche es im Wege des Reescomptes gelangte, eingelöst. Dieses Accept kommt bei Entscheidung der Rechtssache nicht weiter zur Sprache. Bei den übrigen drei Accepten aber sei die Unterschrift der Acceptanten, sowie der ausstellenden geklagten Firma falsch, nachdem dieselben gegen Acceptanten und Aussteller eingeklagt und von beiden Letzteren die Unechtheit beschworen wurde. Betreffs zweier Wechsel, die gegen die Acceptanten nicht eingeklagt wurden, haben diese ihre Accepte schriftlich als Falsificate erklärt und sind letztere nun für die klägerische Bank werthlos und es erscheint dieselbe, da sie für diese Accepte die Valuta per 2325·79 fl. ausbezahlt hat,.um diesen Betrag geschädigt. Anlässlich der Einklagung der drei escomptirten Accepte und der Strittführung hierüber wurde die klägerische Bank in den Ersatz der Kosten an die Gegner verfällt und es betragen diese Kosten 760·66 fl., um welchen Betrag die klägerische Bank gleichfalls geschädigt ist. Der Gesammtschaden der Klägerin beträgt daher 3086·65 fl. Die erste Frage muss daher bejaht werden, und erscheint daher die erste Prämisse der Schadenersatzklage gegeben (§ 1295 ABG). Bezüglich der zweiten Frage, nämlich ob die geklagte Firma für den Schaden der klägerischen Bank aufzukommen habe, muss geprüft werden, ob zwischen dem entstandenen Schaden und der geklagten Firma ein Causalnexus vorhanden sei, weil gemäss § 1295 ABG Jemandem eine Verbindlichkeit zur Leistung des Schadenersatzes nur dann obliegt, wenn ein Causalnexus zwischen dem entstandenen Schaden und einer bestimmten dazu verpflichtenden Thatsache vorhanden ist. Zu diesem Behufe muss der Vorgang in Erwägung gezogen werden, welcher bei der klägerischen Bank beim Wechselescompte zur Zeit der fraglichen Affaire bestanden hat, und ob bei diesem Vorgange die geklagte Firma irgend eine Verantwortung und Haftungspflicht trifft. Wie aus den Ausführungen der Klagsseite hervorgeht und durch die Aussagen der unbedenklichen Zeugen S., W. und B. bestätigt wird, geschah die Escomptirung bei der klägerischen Bank derart, dass die zu escomptirenden Wechsel mit einer Escompteliste, in welcher diese Wechsel eingetragen waren, überreicht wurden, wobei die Escompteliste von der Firma oder einem Firmanten gefertigt sein musste und dem Einreicher gegen eine von der Liquidatur ausgestellte Anweisung die Escomptevaluta ausbezahlt wurde. Dass die Einreichung

der gefälschten drei Accepte mit der Escompteliste vom 8. August 1888 durch den Comptoirbediensteten der geklagten Firma P. erfolgte, wird von keiner Seite bestritten, und dass die geklagte Firma die Wechselvaluta wirklich empfangen hat, wird von der klägerischen Bank nicht behauptet, ebensowenig wird von der klägerischen Bank behauptet, dass die fragliche Escompteliste dem P. zur Ueberreichung der Wechselfalsificate übergeben wurde. Es kann sich im vorliegenden Falle nur darum handeln, ob die geklagte Firma durch die Ueberreichung der Wechselfalsificate mit der Escompteliste vom 8. August 1888 durch ihren Comptoirbediensteten P. mit der klägerischen Bank einen Escomptevertrag abgeschlossen hat und ob sie auf Grund dieser Escompteliste als Empfängerin der Escomptevaluta anzusehen ist. In dieser Richtung muss vor Allem der rechtliche Charakter der Escompteliste geprüft werden. Während die klägerische Bank die Liste für eine vollgiltige Empfangsbestätigung erklärt, behauptet die geklagte Firma, dass die Escompteliste lediglich ein belangloser Manipulationsbehelf zwischen der Buchhaltung und Casse des escomptirenden Institutes sei. Die von beiden Seiten geführten Sachverständigen haben sich in dieser Richtung ganz divergirend geäussert; während der Eine die Escompteliste als vollgiltige Empfangsbestätigung ansieht, hält sie der zweite Sachverständige blos für einen Beleg, dass die in der Escompteliste angeführten Wechsel bei der Casse zur Escomptirung übergeben wurden. Der Obmann der Sachverständigen hat sich der Ansicht des letztgenannten Sachverständigen angeschlossen, indem er die Escompteliste nicht für eine Empfangsbestätigung, sondern für eine Consignation über die eingereichten Wechsel hält und sie für einen blossen Manipulationsbehelf erklärt. Nach der Expertise der Sachverständigen erscheint die Behauptung der geklagten Firma als die richtigere. Da nun die Escompteliste nach den Angaben der Majorität der Sachverständigen ein blosser Manipulationsbehelf ist, so ist dieselbe auch nicht geeignet, zwischem dem Ueberbringer der Wechsel und dem escomptirenden Institute Rechte und Pflichten zu begründen, sie ist nicht Gegenstand des Escomptevertrages und es bleibt gleichgiltig, ob die Escompteliste von der geklagten Firma unterschrieben war oder nicht. Dass die Escompteliste kein Object des Escomptevertrages ist, ergibt sich auch daraus, dass Wechsel im Correspondenzwege ohne Escompteliste eingebracht werden. Der Escomptevertrag wird daher durch das Einreichen und Uebernehmen der Wechsel geschlossen, und da die geklagte Firma weder die Falsificate selbst überreichte, noch P. zu deren Einreichung ermächtigt hat, so steht ausser Zweifel, dass sie bezüglich der Wechselfalsificate einen Escomptevertrag nicht abgeschlossen hat und aus demselben nicht verantwortlich erklärt werden kann. Auf welche Art P. in den Besitz der Escompteliste gelangte, und ob W., der offene Gesellschafter der geklagten Firma, die Unterschrift der geklagten Firma auf der Escompteliste für echt anerkannte, hat für

die E. dieser Rechtssache keine Bedeutung, da die Escompteliste kein Factor des Escomptevertrages ist. Ist nun die klägerische Bank in Folge der Escomptirung der drei Accepte geschädigt worden, so kann die geklagte Firma für diesen Schaden nicht als haftbar erklärt werden. Nach dem Klagebegehren verlangt die klägerische Bank „beziehungsweise" die Rückstellung der Escomptevaluta. Dieses Begehren fundirt die Bank darauf, dass die geklagte Firma auf Grund der Escompteliste als Empfängerin der Escomptevaluta anzusehen sei. In dieser Richtung haben die Sachverständigen in ihrer Mehrheit erklärt, dass die Escompteliste keine Empfangsbestätigung sei. Auch vom juridischen Standpunkte lässt sich die Escompteliste als eine Empfangsbestätigung nicht ansehen. Gemäss § 1426 ABG ist die Quittung ein schriftliches Zeugniss der erfüllten Verbindlichkeit, also eine Empfangsbestätigung des Gläubigers über die erhaltene Zahlung. Nach dieser Definition muss also die Zahlung der Ausstellung der Empfangsbestätigung vorausgegangen sein. In welcher Weise bestätigt aber die Escompteliste den Empfang der Valuta? Die Escompteliste ist mit der Unterschrift des Chefs der Firma oder eines Firmanten zu einer Zeit überreicht, wo noch gar nicht bestimmt ist, ob irgend eine Valuta und in welcher Höhe ausbezahlt wird. Die weiteren Daten der Escompteliste, mit Ausnahme der eingereichten Wechsel, füllt der Escomptenehmer gar nicht aus, er hat auf die Ausfüllung gar keinen Einfluss. Die Escompteliste erscheint daher wirklich nur als ein Manipulationsbehelf für den internen Manipulationsdienst des escomptirenden Institutes und entbehrt in jeder Richtung der Kriterien einer Empfangsbestätigung oder Quittung. Nachdem nun durch die Escompteliste in keiner Richtung der Beweis erbracht ist, dass die geklagte Firma die Escomptevaluta empfangen hat, so kann dieselbe auch nicht belangt werden, das Nichtempfangene rückzuvergüten. In dieser Richtung erscheint das Klagebegehren vollständig unbegründet. Von einer Haftung der geklagten Firma für die Handlungsweise des P. kann gleichfalls keine Rede sein. Einmal war P. blos ein Comptoirbediensteter, blos ein Handlungsgehilfe und als solcher gemäss Art. 58 HGB nicht ermächtigt, im Namen und für Rechnung der Firma Rechtsgeschäfte vorzunehmen; auf keinen Fall war er, und dies wurde von der klägerischen Bank auch nicht behauptet, ermächtigt, Wechselfalsificate zum Escompte bei der Bank zu überreichen und die Valuta hiefür zu empfangen; andererseits treffen die Voraussetzungen, unter welchen Jemand für eine fremde Handlung haftet, im vorliegenden Falle nicht zu (§§ 1313, 1314, 1315 ABG). Das Begehren auf Ersatz der Kosten anlässlich der Durchführung mehrerer Rechtsstritte ist gleichfalls nicht begründet, da durch nichts dargethan ist, dass die geklagte Firma diese Kosten der klägerischen Bank veranlasst hätte. Die geklagte Firma hat auf die Fälschung der fraglichen Accepte keinen Einfluss genommen, sie kann daher auch nicht verhalten werden, die anlässlich der

Einklagung dieser Wechselfalsificate entstandenen Kosten zu vergüten. Auch hier fehlt der Causalnexus zwischen dem entstandenen Schaden und einer bestimmten, dazu verpflichteten Thatsache. Obwohl das Klagebegehren aus den vorstehenden Gründen als ungerechtfertigt erklärt wurde, erübrigt dennoch, einige Einwendungen der geklagten Firma hervorzuheben. Erstlich erhebt die geklagte Firma die exceptio rei judicatae, weil die Wechselforderungen bereits gegen die geklagte Firma eingeklagt worden sind. Diese Einwendung hat aber keinen Halt, weil es sich im vorliegenden Falle um einen Schadenersatz nach § 1295 ABG handelt, wogegen die Wechselklagen auf Zahlung der Wechselsumme nach Art. 23 und 81 WO gerichtet waren; der Strittgegenstand ist also vollständig verschieden. Die Einwendung, die vorstehende Klage sei verfrüht, da die Einklagung nicht gegen sämmtliche Acceptanten stattgefunden hat, und gleichfalls nicht gerechtfertigt, weil die klägerische Firma alle Mittel zur Hereinbringung der Wechselsumme versucht hat und die zwei nicht eingeklagten Acceptanten ihre Unterschriften ausdrücklich als Fälschungen erklärt haben, und die geklagte Firma selbst die Accepte im Zuge der Verhandlung als Falsificate ansieht. Auch die Einwendung, die vorstehende Klage hätte ad separandum verwiesen werden sollen, ist nicht begründet, weil der Klagsbescheid unangefochten geblieben und demnach rechtskräftig geworden ist und die geklagte Partei auf diese Einwendung daher verzichtet hat.

Die II. J. bestätigte diese E.

Gründe:

Die klägerischen Ausführungen in den Satzschriften lassen allerdings nicht klar erkennen, aus welchem rechtlichen Grunde sich die Klägerin ihren Anspruch gegen die Geklagte erwachsen glaubt. Die Stylisirung der Klage scheint auf eine condictio indebiti im Sinne des § 1431 oder 1435 ABG hinzudeuten, wiewohl sich durch diese Gesetzesstelle allein der Anspruch auf den Ersatz der durch die vorausgegangenen Wechselstritte erwachsenen Processkosten nicht begründen lässt. Dies, sowie der Umstand, dass die Klägerin in der Replik von ihrem Anspruche als einem Schaden spricht, der ihr durch die Sorglosigkeit der Geklagten entstanden sei, haben wohl den ersten Richter veranlasst, die Klage lediglich aus dem Gesichtspunkte einer Schadenersatzklage zu betrachten. Nun hat aber die Klägerin sich in ihrer Appellationsbeschwerde dahin ausgesprochen, dass die Klage der Hauptsache nach als eine condictio des § 1435 ABG und nur in Bezug auf den Ersatz der Kosten als eine Schadenersatzklage aufzufassen sei, und es muss daher der klägerische Anspruch von diesen beiden Gesichtspunkten aus betrachtet werden. Es mag dahingestellt bleiben, ob sich die Klägerin bei Citirung des § 1435 ABG nicht vergriffen habe und ob es sich nicht vielmehr um die condictio indebiti des § 1431 ABG

handle; es soll auch, um dem klägerischen Standpunkte die möglichste Rechnung zu tragen, zunächst angenommen werden, dass die auf der Escompteliste (F der Klage) befindliche, mit der angeblich echten Unterschrift der Geklagten versehene Empfangsbestätigung eine regelrechte, ordnungsmässige und beweiskräftige Quittung und dass durch dieselbe als erwiesen anzunehmen sei, dass der Geklagten am 8. August 1888 eine Escomptevaluta per 2901·55 fl. zugezählt worden sei. Allein die Klägerin nimmt in ihren hierauf gestützten Ausführungen den Beweis dieser Thatsache gleich für die Thatsache selbst; sie verwechselt die rechtserzeugende Thatsache der Zuzählung eines indebitums mit dem Beweisdocumente und sie meint daher, dass ihr ohne Rücksicht auf alle anderen Umstände aus der Escompteliste (F der Klage) selbst der Anspruch auf Rückstellung der Valuta erwachsen sei. Dies ist aber nicht der Fall, da der Geklagten gegen den Inhalt jener Quittung ein Gegenbeweis offenbar zusteht. Diesen Gegenbeweis hat aber Geklagte durch das Geständniss der Gegenseite erbracht, dass die Escomptevaluta nicht zu ihren Handen, sondern zu jenen des P. geflossen sei. Die Zuzählung eines indebitums zu Handen des P. muss aber die Geklagte nur dann gegen sich gelten lassen, wenn die Klägerin den Beweis erbringt, dass P. bevollmächtigt war, den Betrag für die Geklagte in Empfang zu nehmen. Die Geklagte kann also nicht haftbar gemacht werden für alle Escomptegeschäfte, welche P. angeblich in ihrem Namen machte, sondern nur für jene einzelnen Geschäfte, zu welchen sie P. thatsächlich bevollmächtigte. Wenn also die Klägerin erweisen könnte, dass Geklagte den P. am 8. August 1888 angewiesen habe, die fraglichen fünf Wechsel einzureichen, dann müsste die Geklagte sich die zu Handen des P. erfolgte Zahlung der Valuta, auch wenn keine Quittung vorläge, entgegensetzen lassen, wenn auch P. diese Valuta veruntreut hatte. Da aber P. zu dem fraglichen Geschäfte überhaupt nicht bevollmächtigt war, so war er auch nicht bevollmächtigt, für die Geklagte Gelder in Empfang zu nehmen. Es wäre auch sehr traurig, wenn ein Principal, der seinen Commis einige Male zur Abwickelung von Geschäften verwendet, für alle Geschäfte verantwortlich gemacht werden könnte, welche dieser Commis dann betrügerischerweise auf den Namen des Principals macht. Bezüglich des Umstandes, dass sich die Klägerin bezüglich der factischen Verhältnisse im Irrthum befinden konnte, wird auf das oben Gesagte verwiesen. Bei dem grossen Gewichte, welches die Klägerin auf die angeblich echte Empfangsbestätigung auf der Escompteliste legt, muss hier aber doch betont werden, dass diese Bethätigung im Hinblick auf den von der Klägerin geschilderten Vorgang bei der Escomptirung vollkommen werth- und zwecklos erscheint. Es lassen sich unzählige Fälle denken, in welchen sich die escomptirende Bank in dem Besitze dieser Bestätigung befinden kann, ohne dass die Valuta überhaupt oder doch zu Handen des Berechtigten geflossen ist. So ist es denkbar, dass dem Ein-

reicher unmittelbar nach der Einreichung der Gegenschein gestohlen und von dem Dieb zur Behebung der Valuta benützt wird, oder dass der Einreicher aus was immer für einem Grunde die Valuta nicht behebt und den Gegenschein verliert, oder dass der Wechsel refusirt und der Gegenschein rückgestellt wird, während die Escompteliste wegen ihrer Werthlosigkeit nicht behoben wird u. s. w. — Es ist mithin klar, da ss der Besitz der Escompteliste gar keinen Beweis für die wirklich erfolgte Auszahlung der Valuta liefert, beziehungsweise dass die Beweiskraft derselben durch die leicht zu beweisende Thatsache vollständig entkräftet wird, dass die unterfertigte Escompteliste vor Zahlung der Valuta überreicht wurde; dasselbe gilt von allen Quittungen, die vor der Zahlung übergeben werden, und ein vorsichtiger Zahler wird sich daher nach wirklich erfolgter Zahlung eine neue Empfangsbestätigung geben lassen. Aus dem bisher Gesagten geht sohin hervor, dass die Rückstellung einer Zahlung, welche die Geklagte weder selbst noch zu Handen eines hierzu Bevollmächtigten empfangen hat, nicht gefordert werden kann. Der Anspruch der Klägerin lässt sich daher von vornherein lediglich aus dem Titel des Schadenersatzes begründen. Worin ist nun das Verschulden des Geklagten zu suchen? Dasselbe könnte nur in der Sorglosigkeit oder der Nachlässigkeit liegen, durch welche es möglich wurde, dass P. in den Besitz einer echten Empfangsbestätigung gelangte. Es ist daher zu prüfen, ob die Möglichkeit der Durchführung der von P. geplanten Herauslockung der Escomptevaluta wirklich von der Einreichung einer echten Escompteliste abhängig war. Wenn nun erwogen wird, dass die escomptirende Bank wohl, wenn nicht ausschliesslich, so doch vozugsweise ihre Aufmerksamkeit auf die eingereichten Wechsel selbst und nicht auf die Escompteliste richten musste, dass sich die Klägerin durch die auf den Wechseln befindlichen Tratten respective Giros, nicht etwa durch die echte Escompteliste zu der Annahme der Wechsel bestimmen liess und dass die Annahme auch dann erfolgt wäre, wenn die Escompteliste gleichfalls ein Falsificat gewesen wäre, so kann nicht gesagt werden, dass durch die Unterlassung der geklagten Firma in der Verwahrung der Escomptelisten oder durch diese allein der Schaden verursacht wurde. In der That ist die Fälschung der Unterschrift auf den Wechseln eine so meisterhafte, dass nicht abzusehen ist, warum der Einreicher nicht mit demselben Erfolge auch noch die Unterschrift auf der Escompteliste hätte fälschen können und dass die Vermuthung sehr nahe liegt, dass die Unterschrift auf der Escompteliste wirklich auch gefälscht, die Geklagte aber über die Echtheit ihrer eigenen Unterschrift getäuscht wurde. Hat also P. demnach eine echte Escompteliste überreicht, so ist dies vollständig Nebensache; er hätte mit einer gefälschten dasselbe Resultat erzielt. Es kann also nicht gesagt werden, dass die Herauslockung der Valuta nur durch den Besitz einer echten Liste ermöglicht wurde. Ein Causalnexus ist nicht vorhanden. Wenn aber auch ein solcher Zusammen-

hang bestände, so wäre dieser Zusammenhang zwischen der in bianco unterfertigten und sodann im Comptoir liegen gebliebenen Escompteliste und einem auf Grund derselben durch falsche Wechsel verübten Betruge ein so entfernter, dass nicht gesagt werden könnte, der Schaden sei aus Verschulden der Klägerin zugefügt worden. Der Schaden ist eben aus einer ganz anderen Handlung entsprungen. Die Klägerin stellt sich in dieser Sache zu sehr auf den rein subjectiven Standpunkt, indem sie meint, sie habe alle möglichen Vorsichten eingehalten, und habe den P. mit Grund zur Wechselbegebung und zur Erhebung der Valuta berechtigt ansehen können. Dies ist richtig, und es muss bedauerlicherweise anerkannt werden, dass sich die Klägerin nicht leicht gegen den ihr gespielten Betrug schützen konnte. Allein daraus geht noch lange nicht hervor, dass der Schaden, der ihr trotzdem zugefügt wurde, von einem Dritten und insbesondere von der Geklagten getragen werden müsse. Die Klägerin ist eben das unschuldige Opfer dieses raffinirten Betruges geworden. Die Appellationsbeschwerde erscheint sonach in der Hauptsache nicht begründet. Insoferne die Klägerin in der angeblichen Unvollständigkeit des Sachverständigenbeweises eine Nichtigkeit erblicken will, ist nur zu bemerken, dass es Sache der Klägerin war, sofort den Antrag auf Erneuerung oder Fortsetzung des Beweises zu stellen, was sie aber nicht gethan hat. Die Nullitätsbeschwerde isl daher gleichfalls nicht begründet.

Der OGH hat diese E. bestätigt.

Gründe:

Anlangend die a. o. Revision der Klägerin konnte derselben nach dem Hofd. vom 15. Februar 1833, JGS Nr. 2593, nur dann stattgegeben werden, wenn eine Nullität unterlaufen wäre oder wenn die beiden untergerichtlichen U. eine offenbare Ungerechtigkeit enthalten würden. Diese Voraussetzungen sind jedoch nicht vorhanden. Es vermeint zwar die Klägerin, dass eine Nullität insoferne unterlaufen sei, als es der erste Richter unterliess, in Betreff des zugelassenen Sachverständigenbeweises über die rechtliche Bedeutung der Escomptelisten und des auf denselben befindlichen Quittirungsvermerkes von der Bestimmung des § 197 AGO Gebrauch zu machen und die Wiederholung der Aufnahme des Sachverständigenbeweises unter Zuziehung anderer Sachverständiger von Amtswegen zu veranlassen. Hierin kann aber ein die Nullität der gefällten U. begründendes Gebrechen umsoweniger erblickt werden, als es dem Vertreter der Klägerin oblag, einen hierauf gerichteten Antrag zu stellen, wenn er die Voraussetzung für gegeben erachtete, welche die Anwendung des § 197 AGO gebieten, und als das Ergebniss des unter Beiziehung eines Obmannes durchgeführten Sachverständigenbeweises für den Richter einen zwingenden Grund, die Wiederholung des Sachverständigenbeweises von Amtswegen zu verfügen, nicht geboten hat, übrigens die Klägerin

in ihrer Revisionsbeschwerde selbst anführt, dass die Bedeutung, welche die Beilage F der Klage im Allgemeinen für den kaufmännischen Verkehr hat, bei Beurtheilung dieser Beilage vollständig in den Hintergrund treten dürfte. In anderer Richtung wurde eine Nullität nicht behauptet und auch bei amtswegiger Prüfung der Acten nicht wahrgenommen. Es kann aber auch in der Abweisung der Klage nach der Sachlage eine offenbare Ungerechtigkeit nicht erblickt werden, mag nun diese Klage ganz oder theilweise als eine Schadenersatzklage oder als eine condictio ob nullam causam oder als eine condictio indebiti aufgefasst werden, weil in ersterem Falle die Klägerin vor Allem ein der geklagten Firma zur Last fallendes Verschulden, in den beiden letzteren Fällen aber nachweisen müsste, dass sie die Zahlung der Escomptevaluta an die geklagte Firma selbst oder doch an eine zur Empfangnahme der Valuta in deren Namen begewaltete Person geleistet habe, diese Beweise aber der klägerischen Bank nicht gelungen sind. Denn das Verschulden der geklagten Firma will die klägerische Bank darin erblicken, dass nach den Ausführungen der Replik die geklagte Firma entweder die Escompteliste F, ohne dieselbe näher zu prüfen, unterschrieben hat, oder dass sie die in bianco von ihr unterschriebene Escompteliste nicht entsprechend verwahrte und es dadurch dem P. möglich wurde, sich in den Besitz einer solchen von der geklagten Firma unterschriebenen Escompteliste zu setzen. Allein die klägerische Bank hat es unterlassen, diese ihre Behauptungen, auf welche sie das Verschulden ihrer Gegner basirt, und welche von den letzteren bestritten wurden, unter Beweis zu stellen, weshalb auf dieselben ein Bedacht nicht genommen werden konnte und demzufolge die im § 1296 ABG aufgestellte Vermuthung platzgreift, nach welcher anzunehmen ist, dass der der klägerischen Bank durch das sträfliche Vorgehen des P. zugegangene Schaden ohne Verschulden der geklagten Firma entstanden sei, zumal die Bank selbst zugibt, dass die geklagte Firma allerdings nicht dem P. jene Escompteliste F der Klage selbst behufs Besorgung der Escomptirung der darin verzeichneten Wechselfalsificate bei der Bank übergeben habe, und der geklagten Firma nicht der Beweis darüber aufgebürdet werden kann, dass und auf welche Weise ohne ihr Wissen P. in den Besitz der von ihr in bianco unterfertigten Escomptelisten gelangt sei. Fehlt aber der Nachweis eines der geklagten Firma zur Last fallenden Verschuldens, so fehlt die wesentliche Voraussetzung der Verpflichtung der geklagten Firma zur Leistung irgend eines Schadensersatzes. Uebergehend zu den Ansprüchen aus dem Titel der condictio, sei es nun indebiti, sei es ob nullam causam, musste, da die klägerische Bank zugibt, dass sie die Zahlung der Escomptevaluta nicht zu Handen eines der beiden offenen Gesellschafter der geklagten Firma, sondern zu Handen eines Comptoiristen derselben, P., geleistet hat, nachweisen, dass dieser zur Uebernahme dieser Valuta seitens der offenen Gesellschafter oder doch eines derselben er-

mächtigt war, weil die geklagte Gesellschaft nur dann die an P. geleistete Zahlung in gleicher Weise als rechtsgiltig anerkennen muss, als wäre die Zahlung zu deren eigenen Handen erfolgt. Dass P. eine Specialvollmacht, die Escomptevaluta, für die in Rede stehenden drei Wechselfalsificate im Namen der geklagten Firma zu übernehmen, von der belangten Seite nicht erhielt, gibt die klagende Bank selbst zu; sie kann auch nicht behaupten, dass P. von der geklagten Firma überhaupt zur Besorgung der Wechselescomptirung und zur Uebernahme der Escomptevaluta bestellt gewesen wäre (Art. 47 HGB), sondern will nur aus dem unter Beweis durch den irreferiblen Haupteid gestellten Umstand, dass die geklagte Firma den P. zur Einreichung von Wechseln bei der Bank und Empfangnahme der Valuta verwendet und wiederholt beauftragt hat, und dass derselbe in solchen Fällen stets Escomptelisten mit dem Bestätigungsvermerke nach der Drucksorte (Beil. F der Klage) an die Bank übergeben habe, folgern, dass sie allen Grund hatte, den P. auch damals als zur Einreichung der Escompteliste mit den zu escomptirenden Wechseln und zur Empfangnahme der Valuta legitimirt anzusehen. Allein aus der wiederholten Beauftragung des P. zur Besorgung des Wechselescomptes und der ihm in solchen Fällen ertheilten Ermächtigung zur Empfangnahme der Valuta lässt sich der Bestand einer allgemeinen Bestellung des P. zur Besorgung dieses Zweiges der Handelsgeschäfte der belangten Firma noch keineswegs ableiten, und wäre es vielmehr ein Gebot der nöthigen Vorsicht gewesen, vor Auszahlung der Escomptevaluta an den P. dessen Legitimation zur Uebernahme der Valuta in einer für die geklagte Firma rechtsverbindlichen Weise zu prüfen, was zu thun unterlassen wurde. Die Berufung der Klägerin auf die Bestimmung des Art. 296 HGB vermag diesbezüglich die Mährische Escomptebank nicht zu exculpiren, weil die Unterfertigung eines in allen wesentlichen Theilen unausgefüllten vorgedruckten Quittungsvermerkes einer vollgiltigen Quittung, wie solche der Art. 296 HGB vor Augen hat, in ihren rechtlichen Wirkungen nicht gleichgestellt werden kann, aus dem Gutachten der Sachverständigen überdies hervorgeht, dass die Escomptelisten sammt dem darin vorkommenden Quittungsvermerke nur einen Manipulatinsbehelf des escomptirenden Institutes selbst bilden. War aber dem Gesagten zufolge P. weder auf Grund einer Specialvollmacht, noch auf Grund seiner allgemeinen Bestellung zu dieser Art von Geschäften oder zu diesem einzelnen Geschäfte noch auf Grund des Art. 296 HGB als zur Empfangnahme der Escomptevaluta legitimirt, so kann auch die geklagte Firma nicht verhalten werden, die zu seinen Handen erfolgte Zahlung der Escomptevaluta als ihr selbst geleistet anzuerkennen und kann demzufolge auch von einer Verurtheilung derselben zur Rückstellung dessen, was sie gar niemals von der klägerischen Excomptebank erhalten hat, keine Rede sein.

2805.

Die Aufschüttung von Erde an der Grenzmauer eines Hauses begründet keine Störung des Besitzes des Nachbars.

Cassations-E. v. 8. Juni 1892, Z. 6674. — (Przegl. VIII ex 92, Seite 233.)

I. st.-del. BG Przemysl.
II. OLG Lemberg.

Während beide Unterinstanzen die Eheleute B wegen Störung der Eheleute A im Besitze des Hauses X, begangen durch Aufschüttung von Erde an der Grenzmauer des den Belangten gehörigen Nachbarhauses Y, dem Klagebegehren gemäss verurtheilten, hat der OGH unter Aufhebung der gleichlautenden E. in den Unterinstanzen die Besitzstörungsklage der A kostenfällig abgewiesen.

Gründe:

Nach § 2 des Besitzstör.-Verf. hat dieses Verfahren nur dann platzzugreifen, wenn Jemand in dem Besitze einer Sache oder eines Rechtes beeinträchtigt, oder wenn er dieses Besitzes widerrechtlich entsetzt worden ist. Im vorliegenden Falle hat weder das Eine, noch das Andere stattgefunden. Die Kläger beschweren sich lediglich, dass in Folge der besagten, auf dem Grunde der Belangten erfolgten Erdaufschüttung die Grenzmauer des ihnen gehörigen Hauses X der Einwirkung der Feuchtigkeit ausgesetzt wurde. Dass jedoch die Kläger in Folge dieser Aufschüttung des Besitzes dieser Grenzmauer nicht entsetzt wurden, bedarf keines Nachweises. Allein es kann auch von einer Störung dieses ihres Besitzes keine Rede sein. Als Gegenstand des Besitzes erscheint hier die Grenzmauer zwischen beiden Gebäuden. In Folge der erwähnten Aufschüttung ist ersichtlich keine Aenderung im factischen Besitze derselben eingetreten. Die Frage hingegen, ob nicht ein Schade hieraus für das Haus der Kläger X zu besorgen war, kann nicht Gegenstand einer Besitzstörungsklage sein, weil es sich nicht um einen von jenen Fällen handelt, welche im § 340 ABG vorgesehen sind.

2806.

Die Kosten der Bedeckungstagfahrt sind dem Einschreiter nicht zuzusprechen, weil § 63 CO keine Norm des Streitverfahrens darstellt.

E. v. 8. Juni 1892, Z. 6820. — (Práv. XIV ex 93, Seite 482.)

I. KG Königgrätz.
II. OLG Prag.

Das Ansuchen des A um Eröffnung des Concurses über das Vermögen des B wegen Nichtbedeckung der Forderung per 82 fl. s. N. G. wurde seitens der I. J. zurückgewiesen, weil B bei der Bedeckungstagfahrt vom 20. Jänner 1892 durch den rechtskräftigen B. des städtisch

delegirten BG Königgrätz ddto. 23. December 1891 dargethan hat, dass die ganze Forderung des A s. N. G. durch den Meistbot für die executiv versteigerte Realität des B zur Deckung gelangte. Hingegen wurden die von B liquidirten Kosten der Bedeckungstagfahrt nicht zugesprochen, weil das Verfahren von Amtswegen durchgeführt wurde.

Ueber diesfälligen Recurs des B hat die II. J. die angesprochenen Tagfahrtskosten im gemässigten Betrage per 5 fl. zuerkannt, weil es sich auch diesmal um eine Executionsangelegenheit handelt, Executionssachen jedoch dem streitigen Verfahren angehören, daher die §§ 24 und 25 der Processnovelle zur Anwendung kommen und A umsomehr zum Ersatze der Kosten verpflichtet ist, weil er dieselben durch sein unbegründetes Ersuchen dem Gegner verursacht hat.

Ueber o. Revisionsrecurs des A hat der OGH die E. I. J. wieder hergestellt, — weil das Ansuchen des Gläubigers wider den Schuldner nach § 63 GO und das hierüber eingeleitete Verfahren nicht als irgend eine Procedur im Executionsverfahren und daher auch nicht als eine Streitsache anzusehen ist, betreff deren die Normen der citirten Proc.-Nov. Giltigkeit hätten; vielmehr erscheint § 63 CO nur als eine besondere Bestimmung des Concursverfahrens, welche einen speciellen Fall der Concurseröffnung regelt, in welchem Verfahren jedoch, wie aus dem § 257 cit. hervorgeht, die Vorschriften des Streitverfahrens nicht platzgreifen.

2807.

Wenn am Sitze des Gerichtes Rechtsfreunde wohnen, so ist die sachfällige Partei nicht verpflichtet, die Kosten der Zureise auswärtiger Rechtsfreunde zur Tagfahrt zu ersetzen.

E. v. 9. Juni 1892, Z. 6663. — (Práv. III ex 93, Seite 101.)

I. BG Laun.
II. OLG Prag.

Im Stritte der A, vertreten durch Dr. X, Advocaten in S., gegen die Eheleute Advocat Dr. Y und seine Gattin beide zu Laun wohnhaft, wegen Störung im Besitze eines Gewölbes hat die I. J. mittelst des Endbescheides dem Klagebegehren zur Gänze willfahrt und der Klägerin den Ersatz per 53 fl. an Gerichtskosten auferlegt.

Ueber Recurs der Belangten gegen diesen Endbescheid hat die II. J. denselben in merito bestätigt, im Kostenpunkte jedoch dem Recurse stattgegeben und die Belangten blos zum Ersatze eines Kostenbetrages per 29 fl. an Gerichtskosten verfällt, weil die Kosten der Zureise des ausserhalb des Gerichtssitzes wohnhaften Vertreters der Klägerin nicht nothwendig waren. Es wurden daher nur jene Kosten zugesprochen, welche die Substituirung eines am Gerichtssitze sesshaften Rechtsfreundes erfordert hätte.

Im Revisionsrecurse machte die A geltend, dass das Vertretungsrecht eines Advocaten nach § 8 AO sich auf alle Gerichte und Behörden sämmtlicher im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder erstreckt und die Befugniss zur berufsmässigen Parteienvertretung in allen gerichtlichen und aussergerichtlichen, in allen öffentlichen und Privatangelegenheiten als Beruf umfasst, dass somit der Partei die Wahl was immer für eines in den im Reichsrathe vertretenen Ländern wohnhaften Advocaten freigestellt bleiben muss und die Kosten dieser Vertretung jederzeit als zweckdienlich im Sinne des § 24 Proc.-Nov. anzusehen sind, endlich dass die Klägerin zur Wahl eines ausserhalb des Gerichtssitzes ubicirenden Rechtsfreundes deshalb genöthigt war, weil keiner von den am Gerichtssitze wohnhaften Advocaten ihre Vertretung übernehmen wollte, da die Klage gegen einen daselbst wohnhaften Advocaten selbst zu überreichen war.

Der OGH hat den Revisionsrecurs der A zur Gänze zurückgewiesen, weil die ihrerseits behauptete Thatsache, dass keiner von den zu Laun wohnhaften Advocaten die rechtsfreundliche Vertretung in dem besagten Rechtsstreite übernehmen wollte, und sie deshalb jene eines auswärtigen Rechtsfreundes anzusprechen bemüssigt war, in keiner Weise dargethan wurde.

2808.

Durch die vertragsmässige Bestimmung des Ortes, an welchem die Waare zu übergeben und zu übernehmen ist, ist auch die Grundlage für die Anwendbarkeit des § 43 JN auf Klagen des Verkäufers auf Zahlung des Kaufschillings gegeben.

E. v. 10. Juni 1892, Z. 6808. — (GH 40 ex 92, Seite 337.)

I. BG Auspitz.
II. OLG Brünn.

Der seitens des Geklagten geltend gemachten Einwendung des nicht gehörigen Gerichtsstandes wurde von der I. J. nicht stattgegeben aus nachstehenden

Gründen:

Der Geklagte wendet vor Allem die Unzuständigkeit dieses Gerichtes zur E. vorstehender Strittsache ein, weil er, da er sich keineswegs verpflichtet hatte, dem Kläger den Kaufpreis loco A. zu bezahlen, bei dem Gerichte seines o. Wohnsitzes zu belangen war, und behauptet, dass die von seinem Knechte in A. übernommenen, vom Kläger gekauften Kälber nach erfolgter Abwägung in Nikolsburg lediglich ein Gewicht von 133 Kilo (Lebendgewicht) hatten, er sohin durch Uebersendung des Betrages per 53·60 fl. (für 134 Kilo Lebendgewicht) an den Kläger seiner Verbindlichkeit ihm gegenüber überhaupt zur Gänze gerecht geworden sei. Die seitens des Geklagten vorgebrachten Einwendungen und Behauptungen

erscheinen jedoch nicht stichhältig, weshalb denn auch unter Aufrechthaltung der Zuständigkeit dieses Gerichtes zur E. der vorstehenden Strittsache dem restringirten Klagsbegehren zur Gänze stattgegeben wurde.

Denn was die von dem Geklagten erhobene Einwendung der Incompetenz dieses Gerichtes betrifft, so erscheint dieselbe nicht gegründet, indem aus dem Zugeständnisse des Geklagten, dass vereinbart wurde, dass die gekauften Kälber loco A. abgeholt werden, dort sohin die Verbindlichkeit der Uebergabe und Uebernahme erfüllt werde, dann aus der Thatsache, dass die Kälber loco A. abgeholt wurden, und Geklagter den Kaufpreis für die Kälber bis auf die strittigen 8 fl., nach A. als dem Orte, wo die Kälber abgeliefert und abgeholt worden waren, eingesendet hat, und endlich im Grunde der Aussagen des classischen Zeugen Max B. des Inhaltes, dass der Geklagte beim Kaufe der Kälber sich ausdrücklich verpflichtet hatte, den Kaufpreis nach A. zu senden, was doch nur zu bedeuten hatte, dass er sich verpflichte, seine Zahlungsverbindlichkeit in A. zu erfüllen, der Gerichtsstand des Vertrages im Sinne des § 43 JN begründet erscheint und war es dem Angeführten zufolge nicht erst nothwendig, die Competenzfrage im Hinblicke auf die Depositionen des Zeugen M. B. von dem Erfüllungseide des Klägers abhängig zu machen.

Ueber Appellation des Geklagten erkannte die II. J.: der von Seite des Geklagten erhobenen Einwendung des nicht gehörigen Gerichtsstandes wird jedoch nur jenen Falles nicht stattgegeben, wenn der Geklagte Amon G. den ihm in der Replik aufgetragenen, und von ihm in der Duplik angenommenen negativen Haupteid dahin nicht ablegt, dass es seines Wissens und Erinnerns nicht wahr sei, dass er sich verpflichtet habe, den Kaufpreis für die am 6. April 1891 vom Kläger Carl K. gekauften zwei Kälber loco A. zu bezahlen.

Gründe:

Das U. der I. J. wird vom Geklagten, und auch von diesem nur in der über seine Einwendung des nicht gehörigen Gerichtsstandes gefällten E. in Beschwerde gezogen, weshalb die für den Fall der Gerichtszuständigkeit gefällte E. in der Sache selbst unberührt zu bleiben hat.

Der Kläger behauptet den Gerichtsstand des Vertrages, indem sich der zu N. wohnhafte Geklagte verpflichtet hätte, den Kaufpreis für die vom Kläger am 6. April 1891 gekauften zwei Kälber loco A. — Wohnsitz des Klägers — zu bezahlen, was der Geklagte jedoch entschieden in Abrede stellt.

Es ist allerdings zugestanden, dass verabredet war, dass der Geklagte selbst die gekauften Kälber in A. abholen lassen werde, was auch thatsächlich geschah; dies ergebe aber blos den Erfüllungsort für die Leistung des Verkäufers (Art. 324 HG) und liegt darin keine vertragsmässige Verpflichtung dafür, dass auch der Käufer seine selbstständige Vertragspflicht der Zahlung des Kaufpreises in A. zu erfüllen habe.

Auch aus dem Versprechen des Käufers, den Kaufpreis dem Verkäufer nach seinem Wohnsitz in A. mittelst Post zu übersenden, und dem Umstande, dass derselbe thatsächlich, wenn auch erst nach überreichter Klage, den Kaufpreis — bis auf den strittigen Rest von 8 fl. — an den Kläger nach A. übersendet hat, lässt sich eine vertragsmässige Vereinbarung darüber, dass A. als Ort der Zahlung zu gelten habe, nicht ableiten, weil diese Uebersendung des Geldes der Vorschrift des Art. 325 HG entspricht, durch welche Bestimmung aber das Erforderniss des § 43 JN für den Gerichtsstand des Vertrages, dass der Ort, wo die Zahlung zu leisten ist, im Vertrage ausdrücklich bestimmt worden sein müsse, nicht beeinträchtigt wird.

Da nun der Kläger eine ausdrückliche Verpflichtung des Geklagten, loco A. zu zahlen, behauptet, und die Aussage des Zeugen M. B., wonach der Geklagte sich verpflichtet habe, den Kaufpreis dem Kläger nach A. mittelst Post einzusenden, dem nicht entgegensteht, dass die Vertragstheile ihren Intentionen zufolge, eine den Gerichtsstand des Vertrages begründende Vereinbarung, dass loco A. zu zahlen sei, immerhin getroffen haben können; so stellt sich der über diesen Punkt einzig erübrigende Beweis durch den Haupteid als entscheidend dar, und war die Einwendung des nicht gehörigen Gerichtsstandes nicht unbedingt zurückzuweisen, sondern von der Nichtherstellung dieses Beweises abhängig zu machen.

Ueber Revision des Klägers hat der OGH die E. I. J. bestätigt.

Gründe:

Der Geklagte hat zugegeben, dass er von dem Kläger am 6. April 1891 zwei Kälber gekauft hat und nicht widersprochen, dass er sich verpflichtet habe, diese zwei Kälber in A. zu übernehmen, woselbst die Uebernahme thatsächlich am folgenden Tage durch den Knecht des Geklagten erfolgte. Da nach dieser vertragsmässigen Vereinbarung die Kälber dem Käufer in A. zu übergeben und von diesem zu übernehmen waren, so ist ohne Zweifel A. als der vertragsmässige Erfüllungsort anzusehen. Die Textirung des § 43 JN lässt es nicht zweifelhaft erscheinen, dass dieser Paragraph die Möglichkeit einer Vereinigung aller aus demselben Vertragsverhältnisse entspringenden Streitigkeiten bei einem und demselben Gerichte bezweckte und zu diesem Behufe eben einen besonderen Gerichtsstand für alle auf diesen Vertrag sich beziehenden Klagen des einen und des anderen Vertragstheiles schuf. Durch die vertragsmässige Bestimmung des Ortes, an welchem die Waare zu übergeben und zu übernehmen ist, ist daher auch die geeignetste Grundlage für die Anwendbarkeit des § 43 JN auf Klage des Verkäufers auf Zahlung des Entgeltes gegeben, ohne dass es weiter darauf ankommt, ob in dem Vertrage dieser Ort auch rücksichtlich der oberwähnten Gegenleistung

als Ort ihrer Erfüllung ausdrücklich und insbesonders bestimmt wurde oder nicht.

Bei solcher Sachlage erscheint ein weiterer Beweis durch den oberlandesgerichtlich zugelassenen Haupteid zur Begründung der Competenz des angerufenen BG A. zur Verhandlung des hier in Rede stehenden Rechtsstreites nicht mehr erforderlich und war dem zufolge das oberlandesgerichtliche U. in dem allein angefochtenen Ausspruche in Betreff der erhobenen Einwendung der Incompetenz über das Revisionsbegehren des Klägers abzuändern und das diese Einwendung unbedingt verwerfende U. des ersten Richters in diesem Punkte wieder herzustellen.

2809.

Durch eine selbst längere Zeit andauernde Abstockung eines gekauften Waldbestandes und Holzausfuhr aus demselben wird kein Besitz erworben.

E. v. 10. Juni 1892, Z. 6774. — (Przegl. VIII ex 92, Seite 230.)
I. st.-del. BG Złoczow.
II. OLG Lemberg.

Mittelst Kaufvertrages ddto. 20. Jänner 1888 haben die Kläger A von der Gutsbesitzerin C den Holzbestand eines zu ihrem Gute D gehörigen Waldtheiles im Ausmasse von 50 Joch an sich gebracht, worauf diese Waldarea an Ort und Stelle gehörig durch Vermessung abgegrenzt und den Klägern behufs Realisirung der Abstockung zugewiesen wurde. Am 21. Jänner 1891 hat der Belangte den Klägern die weitere Ausfuhr des auf diesem Waldtheile abgestockten und daselbst aufgeschlichteten Holzes untersagt, und überdies 4 Klafter desselben für sich weggenommen; hierauf wurde er von den Klägern mit der Besitzstörungsklage belangt und derselben seitens des Erstrichters in vollem Umfange stattgegeben.

Ueber Recurs der B hat die II. J. die Klage unbedingt abgewiesen, aus folgenden

Gründen:

Die im vorliegenden Falle von den Klägern auf der streitigen Waldparcelle vorgenommene Abstockung des seitens der C als gemeinsamen Eigenthümerin des Gutes D ihnen abverkauften Holzbestandes, sowie die Ausfuhr des gefällten Holzes, stellen sich weder als Besitzhandlungen an der Sache selbst oder dem streitigen Grunde dar, auf welchen ja die Kläger keinerlei Rechte erworben haben und solche auch nicht in Anspruch nehmen, noch auch als Acte der ununterbrochenen Ausübung irgend eines Rechtes an einer fremden Sache im Sinne des § 313 ABG. Diese einzelnen Acte der Abstockung und Ausfuhr des Holzes sind lediglich als Theilacte der Uebernahme der Kaufsache, d. h. der Realisirung des bezüglichen Kaufvertrages, also eines Vertragsverhältnisses anzusehen, welches nicht

nur dem Gegenstande nach (nämlich bis zur vollen Entnahme des thatsächlich abgekauften Holzquantums), sondern auch zeuge des Contractes, der Zeit nach genau präcisirt war. Eine jegliche Thathandlung dieser Art hat also nur das aus besagtem Vertrage für die Kläger erwachsene Recht theilweise resumirt und kann nicht unter Einem auch einen Besitzact im eigentlichen Sinne des Wortes darstellen. Wenn aber dem so ist, so kann von dem Schutze eines Besitzes, der gar nicht existirt, auf dem durch das Besitzstör.-Verfahren vorgezeichneten Wege keine Rede sein, zumal die Kläger durch das Begehren, bei der Ausübung der erwähnten Acte auf dem streitigen Grunde ohne Rücksicht auf die Bestimmungen des bezüglichen Vertrages erhalten zu werden, im Grunde die Umänderung eines vertragsmässigen Rechtes in ein dingliches Recht intendiren, wozu jedoch die gesetzlichen Bedingungen abgehen. Allein selbst dann, wenn die Abstockung und Ausfuhr des Holzes als Rechtsbesitzacte angesehen werden wollten, so würde doch andererseits die E. der Frage, ob der Belangte durch die Untersagung der weiteren Holzausfuhr und Beschlagnahme eines Theiles des geschlagenen Holzes sich einer Eigenmächtigkeit schuldig machte (§ 339 ABG) von der Inbetrachtnahme des in Rede stehenden Vertragsverhältnisses namentlich in der Richtung abhängen, ob und inwieweit der Belangte hiedurch den Bestimmungen des bezüglichen Vertrages zuwidergehandelt habe. Diese Frage eignet sich jedoch nicht zur Erörterung im Besitzstör.-Verf., sondern kann nur im o. Rechtswege entschieden werden.

Der OGH bestätigte die E. II. J. als der Actenlage und dem Gesetze völlig entsprechend.

2810.

Der § 24 des Gesetzes vom 16. Mai 1874, RGB Nr. 69, findet auf das Bedeckungsverfahren keine Anwendung.

E. v. 14. Juni 1892, Z. 6732. — (JB 51 ex 92, Seite 614.)

I. LG Wien.
II. OLG Wien.

Die I. J. hat die im Bedeckungsverfahren aufgelaufenen Kosten dem Bedeckungseinschreiter mit 35 fl. bestimmt.

Ueber Recurs des Belangten hat die II. J. diesen B. abgeändert und das Kostenbestimmungsgesuch des Einschreiters abgewiesen, weil das von einem Gläubiger gegen einen mit Executionen verfolgten Schuldner gemäss § 63 CO eingebrachte Gesuch weder als eine in den Rahmen des Streitverfahrens fallende Eingabe, noch als ein Executionsgesuch angesehen werden kann, daher auf dasselbe und das nachfolgende Bedeckungsverfahren die Bestimmungen des § 24 der Proc.-Nov. keine Anwendung finden.

Der OGH bestätigte diese E., weil die Bestimmung der Kosten zu dem Zwecke der Eintreibung derselben von dem Schuldner erfolgen soll, hiefür die gesetzliche Grundlage fehlt, da nur vorliegt, dass über Anlangen des Recurrenten die Tagsatzung nach § 63 CO anberaumt, über sein Anlangen über Ausbleiben des Gegners erstreckt, endlich von ihm fallen gelassen wurde; weil aber, wenn auch das Eingehen auf das Gesuchsbegehren verweigert wird, damit noch nicht ausgesprochen wurde, dass Gegner ihm nicht aus einem anderen Grunde zum Kostenersatz verpflichtet sein kann, worüber aber hier nicht zu entscheiden ist.

2811.

Neben der unbedingten Erbserklärung eines testamentarischen Universalerben kann die bedingte Erbserklärung eines Miterben aus demselben Testamente nicht bestehen und ist als dem § 121 Abh.-Pat. widerstreitend zurückzuweisen.

E. v. 14. Juni 1892, Z. 7113. — (NZ 5 ex 93, Seite 34.)

Die I. J. hat die von Heinrich N. zu dem Nachlasse seines am 13. Februar 1892 verstorbenen Vaters Hermann N. bedingt auf Grund des vom Erblasser errichteten Testamentes ddto. 9. Jänner 1892 und zwar zur Hälfte des Nachlasses abgegebene Erbserklärung zu Gericht angenommen, und mit der Begründung, dass diese Erbserklärung mit der von dem anderen erblasserischen Sohne Victor N. abgegebenen Erbserklärung als Universalerbe in Gemässheit des § 125 des Abh.-Pat. im Widerspruche steht, zur Vernehmung der Parteien, welcher Theil gegen den anderen als Kläger aufzutreten habe, eine Tagfahrt angeordnet und unter Einem gemäss § 92 des Abh.-Pat., die Inventur des Nachlassvermögens verfügt.

Ueber den Recurs des Victor N. hat die II. J. den angefochtenen B., insoferne mit demselben die Erbserklärung des Heinrich N. zu dem Nachlasse des verstorbenen Hermann N. auf Grund des Testamentes ddto. 9. Jänner 1892 und zwar zur Hälfte des Nachlasses zu Gericht angenommen wurde, dahin abgeändert, dass diese Erbserklärung des Heinrich N. zu Gericht nicht angenommen wird, im Uebrigen aber diesen B. behoben; denn wenn auch § 122 des Abh.-Pat. bestimmt, dass jede in der vorgeschriebenen Form ausgestellte Erbserklärung von dem Gerichte anzunehmen ist, so muss doch auch berücksichtigt werden, dass gemäss § 121 ibid, jede Erbserklärung immer auch den Rechtstitel, auf Grund dessen die Erbserklärung eingebracht wird, zu enthalten hat; soll daher eine Erbserklärung zur Annahme zu Gericht geeignet sein, so darf das Vorhandensein des von dem sich Erbserklärenden angegebenen Rechtstitels wenigstens in vorhinein nicht schon ganz ausgeschlossen sein. Wenn

daher die Erbserklärung auf Grund eines Testamentes erfolgt, so hat das Gericht mit Rücksicht auf § 123 ibid. auch auf den Inhalt des letzten Willens Bedacht zu nehmen und wenn dieser Inhalt den in der Erbserklärung angegebenen Rechtstitel geradezu ausschliesst, die Erbserklärung zurückzuweisen. Im vorliegenden Falle setzte der Erblasser seinen Sohn Victor zu seinem Universalerben ein und wiederholte, dass derselbe den gesammten Nachlass zu übernehmen hat und verwahrte dem Sohne Heinrich, beziehungsweise seinen Kindern, nur ihre legitimen Ansprüche. Dem Sohne Heinrich kommt also ein testamentarischer Anspruch nicht zu, da neben einem Universalerben ein zweiter Erbe nicht bestehen kann. Derselbe kann daher seinen Rechtstitel auf das Testament, dessen aufrechten Bestand er nicht in Zweifel zieht, nicht gründen, und es ist daher eine solche dem § 121 des bezogenen Patentes widerstreitende Erbserklärung zu Gericht nicht anzunehmen; es bleibt ihm vielmehr unbenommen, seine gesetzlichen Ansprüche bei der Verlassenschafts-Abhandlung zu stellen und, wenn er sich betreffs derselben verkürzt halten sollte, allenfalls im Rechtswege gegen den Erben geltend zu machen. In Folge der Nichtannahme dieser Erbserklärung entfällt die Abhaltung einer Tagfahrt im Sinne des § 125 des bezogenen kais. Pat., es entfällt auch die Inventur des Nachlasses, da die unbedingte Erbserklärung des Universalerben Victor N. zu Gericht angenommen wurde, und ein anderweitiger Anlass, allenfalls ein Ansuchen eines Pflichttheilberechtigten nicht vorliegt (§ 804 ABG).

Den Revisionsrecurs des Heinrich N. hat der OGH abzuweisen befunden, weil gemäss § 121 des Abh.-Pat., jede Erbserklärung mit den Erfordernissen der §§ 799 und 800 ABG versehen sein, der sich Erbserklärende daher gemäss § 799 ABG dem Gerichte den Rechtstitel seines Erbrechtes ausweisen muss; weil in dem Testamente des Heinrich N. ddto. 9. Jänner 1892, auf welches der Sohn Heinrich N. seine Erbserklärung stützt, ein Rechtstitel zum Erbrechte für diesen nicht gelegen ist, da der Sohn Victor N. zum Universalerben unzweifelhaft eingesetzt, Heinrich N. sonach von dem testamentarischen Erbrechte ausgeschlossen ist; weil sonach Heinrich N. den Titel seines Erbrechtes nicht ausgewiesen hat und seine Erbserklärung vom OLG mit Recht zurückgewiesen worden ist; weil ferner bei dieser Sachlage ein Anlass zur Vernehmung der Parteien im Sinne des § 125 des Abh.-Pat. nicht vorliegt und bei Abgang einer bedingten Erbserklärung auch die Aufnahme einer Inventur entfällt, zur Aufnahme einer Inventur nach § 804 ABG aber die Voraussetzung mangelt, da Heinrich N. bisher einen Pflichttheil nicht gefordert hat.

2812.

Ist dem Beklagten nach seiner Wahl die Leistung einer Arbeit oder die Zahlung einer Summe Geldes alternativ auferlegt worden, so kann die Verurtheilung nur in der im § 310 AGO bestimmten Weise vollstreckt werden.

E. v. 14. Juni 1892, Z. 6972. — (GZ 37 ex 92, Seite 295.)

I. LG Wien.
II. OLG Wien.

Im Rechtsstreite der A gegen B wurde Letzterer schuldig erkannt, der Klägerin den auf ein Los gefallenen ersten Haupttreffer, eine Villa im Werthe von 5000 fl., bei sonstiger Execution zu übergeben, oder nach seiner (des geklagten Vereines) Wahl der Klägerin den Betrag von 5000 fl. bei Execution zu bezahlen.

Das von der Klägerin gestellte Begehren um executive Mobilarpfändung zur Hereinbringung der Forderung per 5000 fl. s. A. wurde von der I. J. abgewiesen, weil für die Executionsbewilligung nach § 298 AGO lediglich das ergangene U. massgebend ist, nach welchem die Wahl der Leistung nicht der Klägerin, sondern dem Geklagten zuerkannt wurde; die nach § 310 AGO hier allein zulässige Execution durch Geld- und Leibesstrafen die Klägerin nicht angesucht hat, und der Geklagte seinerseits Alles gethan hat, was ihm zu thun oblag, denn er hat dem klägerischen Vertreter die Aufsandungserklärung über eine Realität übergeben wollen, die Klägerin hat aber ohne Rechtfertigung die Annahme derselben verweigert.

Das OLG hat dem Executionsgesuche der Klägerin Folge gegeben, und zwar aus folgenden

Erwägungen:

Wenn der Geklagte die ihm alternativ auferlegte Verpflichtung durch Uebergabe einer Villa an die Klägerin erfüllen will, so muss von demselben dargethan werden, dass diese Villa zur Zeit der Uebergabe einen Werth von 5000 fl. habe, und muss Geklagter die angebotene Villa, wenn Klägerin dieselbe nicht übernimmt, um den Betrag von 5000 fl. einlösen. Der Nachweis, dass die angebotene Villa 5000 fl. werth sei, wurde seitens des geklagten Vereines nicht erbracht, derselbe hat somit in der urtheilsmässigen Frist keine seiner alternativen Verpflichtungen erfüllt und war die Klägerin schon mit Rücksicht hierauf berechtigt, die Uebernahme der angebotenen Villa zu verweigern, respective deren Ablösung durch den geklagten Verein im Betrage von 5000 fl. zu begehren.

Der OGH hat die oberlandesgerichtliche E. abgeändert und den erstrichterlichen B. wieder hergestellt.

Gründe:

Nach dem Urtheilsspruche kann es keinem Zweifel unterliegen, dass nicht der Klägerin die Wahl zusteht, ob sie statt der den Haupttreffer bildenden Villa einen Betrag von 5000 fl. annehmen will, dass vielmehr dem geklagten Vereine das Recht vorbehalten ist, sich von der urtheilsmässigen Verpflichtung zur Uebergabe der Villa durch Zahlung des Betrages von 5000 fl. zu befreien. Der Klägerin stand nun, wenn der Geklagte innerhalb der 14tägigen Leistungsfrist ihr keine oder keine den urtheilsmässigen Voraussetzungen entsprechende Villa angeboten und übergeben hat, nur das Recht zu, die Erfüllung dieser urtheilsmässigen Verpflichtung im Executionswege zu erzwingen, keineswegs aber ein Executionsansuchen im Sinne der §§ 311 u. ff. AGO zu stellen, nachdem der Geklagte nicht schuldig erkannt wurde, der Klägerin eine Summe Geldes zu bezahlen, vielmehr demselben eine solche Zahlung anstatt der schuldigen Uebergabe einer Villa nur freigestellt worden ist. Das klägerische Executionsbegehren stellt sich als verfehlt und den Bestimmungen der §§ 302 bis 310 AGO nicht entsprechend dar. Ganz abgesehen daher von der Frage, ob mit Rücksicht auf das Ergebniss der über das Executionsgesuch gepflogenen Erhebungen von dem geklagten Vereine der Nachweis erbracht wurde, dass derselbe durch die Uebergabe einer Realität seiner urtheilsmässigen Verpflichtung bereits entsprochen hat oder nicht, musste das den gesetzlichen Bestimmungen und dem Urtheilsspruche, rücksichtlich der Art der mit demselben dem Geklagten aufgetragenen Leistung nicht entsprechende Executionsansuchen der Klägerin, wie dies seitens des ersten Richters geschehen ist, abgewiesen werden.

2813.

Verpflichtung zur Anmeldung der Zweigniederlassung bei dem Gerichte der Hauptniederlassung.

E. v. 14. Juni 1892, Z. 7177. — (GH 42 ex 92, Seite 353.)

I. HG Prag.

II. OLG Prag.

Ueber die Mittheilung des HG in Wien, dass im dortigen Handelsregister die Firma S. K.'s Sohn, Zweigniederlassung in Wien der in Prag bestehenden Hauptniederlassung, eingetragen wurde, hat die I. J. die beiden offenen Gesellschafter dieser Firma Rudolf K. und Robert K. aufgefordert, diese Wiener Zweigniederlassung auch zur Eintragung bei ihrer Prager Hauptniederlassung anzumelden.

Dem Recurse des Rudolf K. und Robert K. hat die II. J. keine Folge gegeben; weil nach § 7 der MV vom 9. März 1863, RGB Nr. 27, über die Führung des Handelsregisters für Gesellschaftsfirmen das Handelsregister nicht nur den Ort, an welchem sich die Hauptniederlassung be-

findet, sondern auch den Ort zu enthalten hat, an welchem sich die allfälligen Zweigniederlassungen der Gesellschaft befinden, die Eintragung dieser Orte aber nicht von Amtswegen, sondern, wie alle im HGB vorgeschriebenen Eintragungen, nur über Anmeldung der Betheiligten und in der durch den § 10 des Einf.-G. zum HGB vorgeschriebenen Form zu erfolgen und auch das HG hiezu die Betheiligten nach Art. 26 HGB, von Amtswegen durch Ordnungsstrafen anzuhalten hat, hiernach aber der angefochtene B. dem Gesetze entspricht.

Dagegen brachten Rudolf und Robert K. den a. o. Revisionsrecurs ein und führten in demselben aus: Ein Kaufmann ist nach Art. 21 HGB nur verpflichtet, die Zweigniederlassung bei dem für diese zuständigen HG anzumelden. Das ist hier geschehen. Der § 10 des Einf.-G. zum HGB findet hier keine Anwendung, weil die Anmeldung einer Zweigniederlassung bei dem HG der Hauptniederlassung im HGB nicht vorgeschrieben ist. Da aber der Ort der Zweigniederlassung auch im Handelsregister der Hauptniederlassung eingetragen werden muss, eine Verpflichtung zur Anmeldung derselben nicht besteht, so hatte diese Eintragung von Amtswegen über die Anzeige des Wiener HG zu erfolgen. Die Anmeldung durch die Partei hat keinen praktischen Werth.

Der OGH hat diesem a. o. Revisionsrecurse keine Folge zu geben befunden, weil die gleichförmigen E. der beiden unteren J. aus den der oberlandesgerichtlichen E. beigefügten Gründen gesetzlich gerechtfertigt erscheinen, zumal nach § 7 der MV vom 9. März 1863, RGB Nr. 27, durch welche der zweite Theil des HGB näher ausgeführt wurde, auch die Eintragung der Zweigniederlassungen einer Gesellschaft im Register für Gesellschaftsfirmen der Hauptniederlassung vorgeschrieben ist, diese aber nicht von Amtswegen, sondern, nachdem diesbezüglich eine Ausnahme von der allgemeinen Vorschrift nicht besteht, nur über Anmelden in der im § 10 des Einf.-G. zum HGB bestimmten Form vorgenommen werden kann.

2814.

Wenn das Beweisthema im Allgemeinen dahin lautet, dass Gegner von anderer Seite Waaren angeschafft hat, so ist zur Constatirung dieses Beweisthemas die begehrte Vorlage der gegentheiligen Handelsbücher zu bewilligen.

E. v. 14. Juni 1892, Z. 7224. — (GH 39 ex 92, Seite 329.)

I. HG Prag.

II. OLG Prag.

In der summarisch verhandelten Rechtssache der Firma A gegen die Firma B pcto. 39 M. hat die I. J. über das Begehren der klagenden Firma A der geklagten Firma B aufgetragen, sie habe ihr Handlungs-

buch, respective ihre Handlungsbücher (Eingangs-Facturenbuch, Geschäftsspesen-Conto oder Strazza), in welchen die im Jahre 1890 und 1891 zum Fabriksbetriebe angeschafften Materialien und Utensilien verzeichnet sind, dem Gerichte vorzulegen, widrigens als erwiesen angenommen wird, dass nach dem Inhalte dieses Buches die geklagte Firma innerhalb der Zeit vom 14. October 1890 bis 12. December 1891 anderweitig als von der klägerischen Firma A die zum Betriebe ihrer Cottondruckfabrik erforderlichen Bürsten bezogen hat.

Ueber den als Nullitätsbeschwerde bezeichneten Recurs der Firma B hat die II. J. den angefochtenen B. abgeändert und das von der klagenden Firma gestellte Begehren um Vorlage der gegnerischen Handelsbücher abgewiesen, und zwar in Erwägung, dass nach Art. 37 HGB die Edition der Handelsbücher nur zum Behufe des Nachweises eines bestimmten, klar bezeichneten und bestrittenen Beweisthemas verlangt und bewilligt werden kann, dass es daher zur Rechtfertigung des Begehrens um Büchervorlage nicht genügt, wenn die Klagsseite in der Replik und in der Schlussrede nur im Allgemeinen behauptet, dass die belangte Firma innerhalb des Zeitraumes vom 14. October 1890 bis zum 12. December 1891 anderweitig, als von der klägerischen Firma Bürsten bezogen habe, und dass sich diese Bürstenanschaffungen in dem Handelsbuche, in welchem das Geschäft mit der klagenden Firma eingetragen ist, wohl finden werden, weil die klagende Firma jene Posten, welche die gegnerischen Bücher enthalten sollen, bestimmt anzuführen hatte, und dass somit das gestellte Begehren, beziehungsweise der durch die Handelsbücher angebotene Beweis sich als unzulässig darstellt, weil durch die begehrte Büchervorlage nicht etwa das Vorhandensein bestimmter Eintragungen constatirt werden soll, dieselbe vielmehr lediglich zur Herbeischaffung des Process- und Beweismateriales, nämlich zu dem Behufe begehrt wird, um zu constatiren, ob sich in den gegnerischen Handelsbüchern nicht etwa irgend welche auf den Streitgegenstand Bezug habenden Eintragungen vorfinden, eine Verpflichtung zur Offenlegung der Handelsbücher zu diesem Zwecke aber dem Processgegner nicht auferlegt werden kann.

Dem Revisionsrecurse der klagenden Firma hat der OGH theilweise stattzugeben und in Abänderung beider unterrichterlichen B. der geklagten Firma aufzutragen befunden, jenes Buch, in welchem das Geschäft mit der Firma A (Factura vom 24. September 1890) eingetragen ist, vorzulegen, widrigens als erwiesen angenommen wird, dass die geklagte Firma innerhalb der Zeit vom 14. October 1890 bis 12. December 1891 Bürsten angeschafft habe. Diese E. beruht auf folgenden

Erwägungen:

Der Kläger begehrt die Zahlung eines Kaufschillingsrestes von 89 M. aus dem Grunde, weil er der geklagten Firma diesen Nachlass am

Kaufpreise nur unter der Bedingung gewährte, dass sie ihren Bedarf an Druckbürsten bei ihm decken, beziehungsweise bei ihm arbeiten lassen werde, während die geklagte Firma in der Zeit vom 14. October 1890 bis 12. December 1891 bei ihm gar nichts arbeiten liess. Der Kläger will durch Sachverständige beweisen, dass die geklagte Firma in der oben angegebenen Zeit, d. i. vom 14. October 1890 bis 12. December 1891, mit Rücksicht auf den Umfang des Betriebes ihrer Cottondruckfabrik nicht blos Druckbürsten, sondern auch die mannigfachsten anderen Bürsten benöthigte, und führt den Beweis durch den unrückschiebbaren Haupteid nnd die Handlungsbücher der geklagten Firma, dass dieselbe in der oben angeführten Zeit Bürsten angeschafft habe. Mit Rücksicht auf die Natur dieses besonderen Falles entspricht diese Behauptung vollständig der Vorschrift des Art. 37 HGB und ist eine genauere Bezeichnung des Tages des Bezuges, der bezogenen Menge und des Namens Desjenigen, von dem die Bürsten bezogen wurden, nicht nöthig. Es ist auch nicht richtig, dass die klagende Firma durch die Vorlage der Handelsbücher ein Beweismateriale erst sammeln wollte; sie will dadurch den Beweis führen, dass der Geklagte seiner vertragsmässigen Verpflichtung nicht nachkam und die Bedingung nicht erfüllte, unter welcher ihm der Preisnachlass gewährt wurde. Es kann also dem Kläger die begehrte Vorlage der Handelsbücher des Gegentheils an und für sich mit Grund nicht verweigert werden, und dies umsoweniger, als nicht die Einsichtnahme und die Bücher überhaupt für einen langen Zeitraum, sondern, wie weiter unten dargethan wird, die Einsicht in ein einzelnes Buch für eine beschränkte Zeit begehrt wird. Trotzdem kann der erstrichterliche B. nicht im vollen Umfange, sowie es der Beschwerdeführer begehrt, wieder hergestellt werden. In der Replik hat der Kläger allerdings die Vorlage der Handelsbücher der geklagten Firma im Allgemeinen begehrt, insbesondere jener, in welcher die zum Fabriksbetriebe angeschafften Materialen und Utensilien verzeichnet sind; in der Schlussrede hat aber der Kläger dieses Begehren „näher ausgeführt“, beziehungsweise eingeschränkt und nur die Vorlage jenes Buches beantragt, in welchem das Geschäft mit der klägerischen Firma (Factura vom 24. September 1890) eingetragen ist, d. i. jenes Geschäft, welches die Bestellung von vier Druckbürsten von Seite der geklagten Firma beim Kläger zum Gegenstande hat, und aus welchem der Kaufpreisrest, der den Gegenstand der Klage bildet, abgeleitet wird. Der Kläger hat ferner in der Replik, beziehungsweise Schlussrede, den Beweis durch die Handlungsbücher nur in der Richtung geführt, dass innerhalb des bereits mehrfach erwähnten Zeitraumes von Seite der geklagten Firma Bürsten angeschafft worden sind, und es entspricht dies der Actenlage, da ein Beweis über die Nothwendigkeit der Bürstenanschaffung innerhalb dieses Zeitraumes für den Bedarf der Fabrik der geklagten Firma nur durch Sachverständige angeboten werden kann und auch angeboten wurde. Es kann

daher der geklagten Firma einestheils nicht, wie es der erste Richter that, die Vorlage der von ihm bezeichneten Handelsbücher, sondern nur die Vorlegung des in der Schlussrede bestimmten Buches aufgetragen, und es kann mit der Nichtvorlegung nicht die Sanction verbunden werden, dass als erwiesen angenommen werde, dass die geklagte Firma innerhalb des Zeitraums vom 14. October 1890 bis 12. December 1891 die zum Betriebe ihrer Cottonfabrik erforderlichen Bürsten anderweitig, als von der klägerischen Firma bezogen habe. Die Folge der Nichtvorlage des Buches kann nur die sein, dass das Beweisthema des Gegners für wahr gehalten wird, im vorliegenden Falle also, dass die geklagte Firma in dem oberwähnten Zeitraume Bürsten angeschafft habe.

Aus diesen Erwägungen wurde dem Revisionsrecurse theilweise stattgegeben und mussten demgemäss beide unterrichterlichen E. abgeändert werden.

2815.

Der Verkäufer ist berechtigt, vom Lieferungsvertrag weges Saumsals des Käufers in der Leistung der Zahlung der abgelieferten Waarenpartien zurückzutreten und die compensationsweise Einwendung eines Pönales seitens des Käufers wegen verzögerter Lieferung ist unzulässig.

E. v. 15. Juni 1892, Z. 7077. — (JB 35 ex 92, Seite 420.)

Georg F. belangte den Emanuel T. auf Zahlung eines Betrages von 105 fl. und führte zur Begründung seines Klagebegehrens an, dass er mit dem Geklagten einen Vertrag dahin geschlossen habe, dass er diesem bis zum 9. November 1890 alle 14 Tage einen Waggon Bretter, zusammen 8 Waggons, ferner 4 Waggons Grubenholz und einen Waggon Polsterhölzer loco Bahnhof S. liefere, wogegen der Geklagte, wie aus dem der Klage angeschlossenen schriftlichen Offerte, das Kläger angenommen habe, erhelle, jeden Waggon dieser Hölzer nach Empfang derselben respective der Rechnung baar an den Kläger zu begleichen verpflichtet sei. Er habe nun dem Geklagten vertragsmässig vier Waggons Holz geliefert, und der Geklagte sei ihm nach der von ihm selbst aufgestellten Rechnung über den vierten, am 30. September 1890 erhaltenen Waggon (Klagsbeilage B) einen Betrag von 195 fl. schuldig geworden; auf diesen Kaufschilling habe ihm Geklagter den Betrag von 90 fl. bezahlt, so dass er ihm den Restbetrag von 105 fl. schulde, dessen Zahlung er verweigere. Nachdem Geklagter seiner vertragsmässigen Verpflichtung, die gelieferte Holzwaare nach Empfang zu bezahlen, nicht nachgekommen sei, habe er die Weiterlieferung des Holzes eingestellt und verlange die Zahlung des restlichen Kaufpreises. Der Geklagte gab die Richtigkeit dieser Anführungen zu, wendete jedoch ein, dass er dieser Forderung einen Betrag von 225 fl. compensando entgegenstelle, welcher Betrag daher für ihn resultire, weil

Kläger verpflichtet gewesen sei, 13 Waggons bis 9. November 1890 zu liefern, jedoch nur 4 Waggons geliefert habe und mit 9 Waggons im Rückstande geblieben sei, daher er laut des vom Kläger selbst als Beweismittel vorgelegten Vertrages (Klagsbeilage A) für jeden nicht zur vertragsmässigen Zeit gelieferten Waggon eine Conventionalstrafe von 25 fl. per Waggon zu fordern berechtigt sei.

Die I. J. hat den Geklagten zur Zahlung des eingeklagten Betrages per 105 fl. verurtheilt.

Gründe:

Die Einwendung des Geklagten ist nicht stichhältig. Das der Klage zu Grunde liegende Rechtsgeschäft stellt sich nämlich auf beiden Seiten, hinsichtlich des Klägers und hinsichtlich des Geklagten, als absolutes Handelsgeschäft, und zwar auf Seite des Klägers im Sinne des Art. 271 Alinea 2 HGB und auf Seite des Geklagten im Sinne des Art. 271 Alinea 1 HGB dar; es gelten daher, auch angenommen, es wäre nur auf Seite des einen Contrahenten ein Handelsgeschäft gemäss Art. 277 HGB, in Beziehung auf beide Contrahenten in gleicher Weise die Bestimmungen des vierten Buches des Handelsgesetzes. Nach den Bestimmungen des Art. 354 HGB ist der Verkäufer, hier der Kläger, in dem Falle, wenn der Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises im Verzuge sich befindet, berechtigt, von dem Vertrage abzugehen. Art. 359 HGB bestimmt weiter, dass, wenn die Erfüllung eines Vertrages theilbar ist, das Abgehen vom Vertrage hinsichtlich des nicht erfüllten Theiles platzgreifen könne. Der Geklagte versucht es zwar anzuführen, dass er seinen contractlichen Verpflichtungen nachgekommen sei, indem er nur zur Zahlung des Kaufpreises nach Empfang des Waggons verpflichtet sei, und dieses „nach“ eine längere Zeitperiode umschliesse (vielleicht auch Jahre?), daher nicht gleichbedeutend sei mit „bei Empfang“. Allein, wenn es auch in dem vom Geklagten verfassten Vertrage heisst „nach“ Empfang, so ist nach §§ 914 und 6 ABG, Art. 278 und 279 HGB doch nach dem klaren Willen der Contrahenten zu forschen, der wohl zweifellos dahin ging, die Waare sofort nach Empfang zu bezahlen, wie dies auch § 904 ABG bestimmt, welche Bestimmung sich Geklagter gefallen lassen muss, da er es ist, der sich dieser unklaren und undeutlichen Aeusserung bedient hat, daher diesetbe nach § 915 ABG zu seinem Nachtheile zu erklären ist. Nachdem also Geklagter zugestandenermassen seiner Verpflichtung nicht nachgekommen ist, da er „nach“ Empfang gleichbedeutend mit „bei“ Empfang die Zahlung nicht geleistet hat, ist Kläger berechtigt, vom Vertrage, soweit er nicht erfüllt ist, abzugehen, daher auch Geklagter kein Recht hat, eine Conventionalstrafe compensando einzuwenden, da Kläger nur von seinem ihm gesetzlich gewährleisteten Rechte Gebrauch gemacht hat und hiefür nach § 1305 ABG dem Geklagten nicht verantwortlich erscheint. Es musste daher der Klage

ohne Rücksicht auf die übrigen irrelevanten Anführungen, mit Rücksicht auf das Zugeständniss des Geklagten selbst, dass er mit der Zahlung des vierten Waggons im Rückstande sei, und mit Rücksicht auf den Umstand, dass die Höhe dieses Rückstandes durch die Klagsbeilage B, welche von dem Geklagten zugestandenermassen selbst aufgesetzt wurde, welcher daher wider denselben nach § 113 AGO voller Glauben beizumessen ist, festgestellt ist, Folge gegeben werden.

Ueber Appellation des Geklagten hat die II. J. diese E. abgeändert und das Klagebegehren abgewiesen.

Gründe:

In der Klage wird angeführt, dass die Bestimmungen des anfangs Juni 1890 zwischen beiden Streittheilen abgeschlossenen Vertrages, betreffend die Lieferung von Brettern und Grubenholz, in der vom Geklagten geschriebenen Urkunde ddto. 10. Juli 1890 (Beilage A) ausführlich angeführt sind. Zugleich wird diese Urkunde ohne Ausschluss irgend eines Theiles ihres Inhaltes als integrirender Bestandtheil der Klage erklärt. Hiernach kann als vom Kläger eingestanden gelten, dass insbesondere auch die in besagtem Schriftstücke vorkommende Bestimmung, welche lautet: „Sollten Sie aber Ihrer Verpflichtung nicht nachkommen, so habe ich (Emanuel T.) ein Pönale von 25 fl. per Waggon als Schadenersatz zu fordern“, der vertragsmässigen Vereinbarung dieser Conventionalstrafe entspricht. Da der Geklagte seine Compensationseinwendung auf diese Vereinbarung stützt, so fragt es sich, ob die vertragsmässige Voraussetzung eingetreten ist, unter welcher der Geklagte die Zahlung der vereinbarten Conventionalstrafe fordern kann. Diese Frage ist zu bejahen; denn von allen Theillieferungen an Holz und Brettern, zu welchen der Kläger sich verpflichtet hatte, wurden im Ganzen nur vier, die übrigen neun hingegen nicht effectuirt. Der Kläger sagt in der Rnplik zu vermeintlicher Rechtfertigung, er wolle durch weitere Lieferung seiner Vertragspflicht nachkommen, aber nur, wenn der Kläger seine Verpflichtung erfüllt, das ist, den eingeklagten Kaufpreisrest für die effectuirten Theillieferungen bezahlt. Den gleichen Standpunkt hatte Kläger in seiner an Dr. K. gerichteten brieflichen Antwort eingenommen, worin er erklärte, er sei bereit, das übrige Holzmaterial dem Gegner zu liefern, jedoch nur dann, wenn dieser seiner Verpflichtung aus dem (in der Beilage A beurkundeten) Vertrage nachkommt und ihm, Kläger, den Restbetrag per 105 fl. für die Waare bezahlt. Dieser Standpunkt des Klägers ist ein unberechtigter, indem eine Sanction in dem Sinne, dass, wenn der Geklagte als Käufer mit der Zahlung für bereits effectuirte Theillieferungen in Säumniss geräth, er, Kläger, als Verkäufer berechtigt sein solle, mit der Fortsetzung der Lieferungen bis zur Abstattung des rückständigen Kaufpreises innezuhalten, im Vertrage nicht vorkommt und der Kläger daher nach den für den Fall

der mora des Käufers geltenden Bestimmungen der Art. 354 und 356 HGB sich zu benehmen hatte. Von den gemäss dem Art. 354 dem Verkäufer freistehenden Alternativen konnte nach den Umständen des vorliegenden Falles nur die dritte in Frage kommen, nämlich das Abgehen vom Vertrage, gleich als ob derselbe rücksichtlich der weiteren Theillieferungen nicht geschlossen wäre. Die gesetzlich freigestandene Beanspruchung dieser Rechtsfolge ist jedoch wesentlich verschieden von der seitens des Klägers beanspruchten Befugniss, zwar den Vertrag in Geltung zu belassen, aber die vertragsmässigen weiteren Lieferungen bis zur erfolgten Begleichung des gegnerischen Zahlungsrückstandes zu sistiren. Durch diese Sistirung hat sich der Kläger in jene mora gesetzt, welche den Anspruch des Geklagten auf Leistung der vertragsmässigen Conventionalstrafe begründet. Ueberdies hat sich der Geklagte ganz nach Vorschrift des Art. 356 HGB benommen, indem er nach Verstreichung der für die letzte Theillieferung vereinbarten Frist (9. November 1890) durch seinen Vertreter Dr. K. unter Gewährung einer Nachfrist bis zum 26. November 1890 den Gegner zur Vertragserfüllung mit dem Bedeuten auffordern liess, dass er (Geklagter) im widrigen Falle den Ersatz des Schadens mindestens in dem vereinbarten Pönale verlangen werde. Durch das fruchtlose Verstreichen dieser gewährten Nachfrist ist die Forderung auf Zahlung der Conventionalstrafe im Betrage von 25 fl. für jeden der nicht gelieferten neun Waggons Holz und Bretter liquid und fällig geworden, wodurch für den Geklagten die Voraussetzungen des § 1438 ABG eingetreten sind, um seine gedachte Forderung compensationsweise im Wege der Einwendung geltend zu machen. Nachdem ferner diese Forderung des Geklagten dem Betrage nach die Klagsforderung übersteigt, so erscheint die letztere getilgt und das Begehren des Geklagten um Abweisung der Klage begründet. In diesem Sinne wurde daher, der Appellationsbeschwerde stattgebend, das erstrichterliche U. abgeändert.

Ueber das Revisionsbegehren des Klägers hat der OGH diese E. abzuändern und jene der I. J. wieder herzustellen befunden.

Gründe:

Es ist erwiesen, dass der Kläger inhaltlich des Schlussbriefes vom 10. Juli 1890 (A der Klage) dem Geklagten bis 9. November 1890 8 Waggons Bretter und zwar je 14 Tage einen Waggon, dann 4 Waggons Grubenholz und zwar je 4 Wochen einen Waggon, endlich im obigen Zeitraume einen Waggon Polsterhölzer loco S. zu liefern hatte, dass sich der Geklagte verpflichtete, jeden Waggon obbenannter Waare nach Empfang derselben respective der Rechnung per Postanweisung baar zu begleichen, und dass für den Fall, als Kläger die Waare nicht in den bezeichneten Terminen (bei denen jedoch eine Verzögerung bis zu 8 Tagen ausdrücklich als zulässig erklärt wurde) liefern sollte, der Geklagte be-

rechtigt sein solle, von dem Kläger als Pönale für jeden nicht gelieferten Waggons einen Betrag von 25 fl. zu fordern. Es mag auch in Uebereinstimmung mit beiden Untergerichten nach Lage der Acten als erwiesen angesehen werden, dass der Kläger dem Geklagten auf Grund jenes Lieferungsvertrages in den Monaten August 1890 zwei Waggons Bretter und zwei Waggons Grubenholz geliefert, der Geklagte jedoch den Kaufpreis für dieses ihm gelieferte und von ihm auch übernommene Holz nicht vollständig bezahlt hat, sondern mit 105 fl. im Rückstande geblieben ist, obgleich er vertragsmässig verpflichtet war, jeden gelieferten Waggon Holz sofort nach Empfang baar zu begleichen. In gleicher Weise ist nach der Processlage als festgestellt anzusehen, dass der Kläger wegen des dem Geklagten in Beziehung auf die Zahlung des Kaufschillings zur Last fallenden Saumsals die Lieferung der weiteren Waggons Holz eingestellt hat, was den Geklagten veranlasste, mittelst eines Schreibens seines Rechtsfreundes Dr. K. eine Nachfrist bis 26. November 1890 zu ertheilen und ihn zur Lieferung der weiteren Waggons Holz mit dem Bedeuten aufzufordern, dass er sonst den durch durch die Nichtlieferung entstandenen Schaden, bestehend mindestens in dem vereinbarten Pönale, verlangen würde; dass sich aber der Geklagte in diesem Schreiben etwa auch zur Zahlung des obigen Kaufschillingsrestes erboten hätte, hat der Geklagte nicht einmal behauptet. In Folge unterlassenen Widerspruches ist weiters als zugestanden, somit als erwiesen anzusehen, dass der Kläger auf jenes Schreiben dem Dr. K. umgehend geantwortet habe, dass er bereit sei, das übrige Holzmaterial dem Gegner zu liefern, jedoch nur dann, wenn dieser seiner Verpflichtung nachkommt und dem Kläger den Kaufschillingsrest per 105 fl. bezahlt. In dieser Antwort ist zweifellos die Erklärung enthalten, dass der Kläger bei weiterem Saumsal des Geklagten in der Erfüllung der ihm vertragsmässig obliegenden Zahlungsverbindlichkeit durch den Vertrag sich nicht weiter für gebunden erachte und für diesen Fall von dem ihm nach den Art. 354 und 359 HGB zustehenden Rechte, von dem Vertrage in Betreff der weiteren Lieferungen abzugehen, Gebrauch mache. Ungeachtet dieser Erklärung hat es der Geklagte unterlassen, bis zu dem Termine des 26. November 1890 und bis jetzt seiner Zahlungspflicht zu entsprechen, er kann daher auch nicht als berechtigt angesehen werden, wegen der durch seinen eigenen Vertragsbruch verschuldeten Nichtlieferung der weiteren Waarenpartien von dem Kläger einen Schadenersatz in dem als Conventionalstrafe im Vorhinein fixirten Betrage von 25 fl. per Waggon zu fordern, zumal der Verzug des in Beziehung der Zahlung der früheren Lieferungsraten säumigen Käufers den Verkäufer zum Rücktritte von dem Vertrage in Ansehung der weiteren Lieferungsraten unter der Voraussetzung berechtigt, dass der Vertrag auf beiden Seiten theilbar ist, diese Voraussetzung aber hier zutrifft. Dem Gesagten zufolge erscheint die auf den Schadenersatzanspruch wegen Nichtlieferung

der weiteren Waggons Holz gestützte Compensationseinwendung des Geklagten unbegründet, es war auf dieselbe kein Bedacht zu nehmen und in Consequenz dessen im Sinne des Revisionsbegehrens des Klägers der den Geklagten zur Zahlung des eingeklagten Kaufschillingsrestes unbedingt verurtheilende Ausspruch des ersten Richters zu bestätigen, respective wieder herzustellen.

2816.

Die seitens eines Vaters seinem Sohne gemachte Zusicherung einer Ausstattung anlässlich seiner Verehelichung ist als Ehepact anzusehen und nur bei Aufnahme eines Notariatsactes hierüber giltig.

E. v. 15. Juni 1892, Z. 7171. — (NZ 31 ex 92, Seite 206.)

Mathias K. begehrte wider seinen Vater gleichen Namens das Erkenntniss: derselbe sei schuldig, dem Kläger als Ausstattung den Betrag per 700 fl. zu bezahlen und eine Kuh und einen Wirthschaftswagen zu übergeben, und stützte sein Begehren darauf, dass sein Vater ihm (Kläger) sowohl einige Wochen vor seiner Hochzeit als auch später am Hochzeitstage selbst aus Anlass dieser Verehelichung versprochen habe, dass er ihm den Betrag per 750 fl., ferner eine Kuh und einen Wirthschaftswagen als Ausstattung geben werde, welches Versprechen er angenommen habe, und dass sein Vater ihm dieselbe jetzt mit Ausnahme eines Betrages von 50 fl., den er bereits erhalten habe, verweigere.

Die I. J. hat die Klage abgewiesen, und zwar mit folgender

Begründung:

Aus der Klagserzählung ergibt sich, dass es sich vorliegend um eine Ausstattung handelt, welche der Geklagte, der Vater des Klägers, Letzterem bei dessen Verehelichung zugesichert haben soll, also um einen Vertrag, welcher in Absicht auf die eheliche Verbindung über das Vermögen geschlossen wurde. Dieser Vertrag wurde nach der Behauptung des Klägers selbst blos mündlich geschlossen. Da nun derartige Verträge nach den 28 Hauptst. des ABG unter die Ehepacte gehören, und diesbezüglich das Gesetz vom 25. Juli 1871, RGB Nr. 76, ausdrücklich festsetzt, dass die Giltigkeit der Ehepacte durch die Aufnahme eines Notariatsactes über dieselben bedingt ist, so ist der behauptete Vertrag, dessen Abschluss vom Gegentheile negirt wird, gesetzlich ungiltig und deshalb der Klagsanspruch hinfällig. Es wurde daher ohne weiteres Eingehen in die beiderseits vorgebrachten Thatsachen die Klage abgewiesen.

Die II. J. und der OGH bestätigten diese E., letzterer mit folgender

Begründung:

Die beiden gleichlautenden untergerichtlichen E. zu Grunde liegende Rechtsansicht, dass die von dem Vater dem Sohne als Bräutigam gemachte

und von dem Letzteren auch angenommene Zusage der eingeklagten Ausstattung als Ehepact zu behandeln und daher nach dem Gesetze vom 25. Juli 1871, RGB Nr. 76, § 1 a wegen der unterbliebenen Aufnahme eines Notariatsactes ungiltig sei, lässt sich keineswegs als eine unrichtige bezeichnen, weil § 1217 ABG als Ehepacten ausnahmslos jene Verträge erklärt, die in der Absicht auf die eheliche Verbindung über das Vermögen überhaupt, also nicht mit der Beschränkung auf das eigene Vermögen der Brautleute geschlossen wurden, weil hierauf in der Gesetzstelle nicht etwa alle Arten solcher Verträge erschöpfend, sondern nur die vorzüglichsten von ihnen angeführt werden, weil dem daselbst vorkommenden Heiratsgute im § 1231 ABG die Ausstattung gleichgestellt wird, und weil nach der Aussage der Zeugen Barbara K., Hedwig H. und Barbara M. bei dem gedachten Versprechen auch wirklich die schriftliche Errichtung des Vertrages in Aussicht genommen war.

2817.

Eine dem Urtheile gemäss erfolgte Zahlung kann mit einer Klage nicht zurückgefordert werden.

E. v. 15. Juni 1892, Z. 7245. — (GZ 40 ex 92, Seite 318.)
I. BG Jičin.
II. OLG Prag.

A schuldete dem B einen Darlehensbetrag per 430 fl., welchem A eine Gegenforderung per 75 fl.* für geleistete verschiedene Arbeiten entgegenstellte, die nach angeblich getroffenem Uebereinkommen vom obigen Darlehen per 430 fl. seinerzeit in Abschlag gebracht werden sollte. Dessenungeachtet hat B, nach Ablauf des Zahlungstermines, die ganze Darlehensforderung per 430 fl. eingeklagt, die Verurtheilung des A, welcher das im obigen Sinne getroffene Uebereinkommen im Processe nicht geltend gemacht hatte, zur Zahlung erwirkt und füglich gegen denselben Execution geführt, so dass Letzterer genöthigt war, die ganze Schuld per 430 fl. zu erlegen, von der sich B obige Forderung nicht abrechnen liess. A erhob nun gegen den B die Klage auf Rückersatz dieser mehrgeleisteten Zahlung mit der Behauptung, B habe sich um den Betrag von 75·42 fl. zu seinem Nachtheile bereichert.

Der erste Richter hat dem Klagebegehren für den Fall Folge gegeben, wenn Geklagter den ihm aufgetragenen negativen Haupteid über das vom Kläger behauptete, vom Geklagten bestrittene Uebereinkommen, dass die klägerische Gegenforderung per 75 fl. von der Darlehensforderung des Geklagten abzuschlagen sei, nicht ablegt.

Gründe:

Geklagter gibt zu, dass eine Unterredung zwischen ihm und dem Kläger zwar stattgefnnden habe, ein Ausgleich sei aber nicht zu Stande

gekommen, da er die vom Kläger gestellte Gegenforderung nicht anerkannt hatte und behauptet, dass Kläger durch die Zahlung des ganzen Betrages per 430 fl. nur die ihm durch das rechtskräftige U. auferlegte Pflicht erfüllt habe und mit Rücksicht auf § 1432 ABG nicht berechtigt sei, den Betrag per 75 fl. zurückzufordern. Die gegenwärtige Klage ist jedoch keine Oppositionsklage, erscheint vielmehr als condictio indebiti. Mit dem den Kläger zur Zahlung verurtheilenden Erkenntnisse wurde das zwischen den Parteien ob des Darlehensvertrages entstandene Rechtsverhältniss entschieden; die gegenwärtige Klage hat hiegegen die Bereicherung des Geklagten zum Nachtheile des sich nunmehr auf das fragliche Uebereinkommen berufenden Klägers zum Gegenstande, sie beruht daher auf einem ganz anderen Rechtsverhältnisse, worüber mit jenem U. nicht entschieden werden konnte, da selbes von keiner Seite zur Geltung gebracht wurde. Der § 1432 ABG, auf den sich Geklagter beruft, setzt voraus, dass Jemand etwas freiwillig bezahlt hat, wovon er gewusst habe, dass er es nicht schuldet. Dieser Fall trifft hier aber nicht zu. Wenn Kläger auf Grund des rechtskräftigen U. Zahlung geleistet hat, zahlte er ex judicato, nicht ungegründet, sondern er musste zahlen. weil ihm Execution drohte; er zahlte daher nicht freiwillig. Aus dem Umstande, dass Kläger im Processe wegen Zahlung der 430 fl. seine aus dem Uebereinkommen fliessende Gegenforderung nicht eingewendet hat, darf nicht der Schluss gezogen werden, dass er auf das ihm aus dem angeführten Uebereinkommen zukommende Recht verzichtet habe, und die Behauptung, dass durch jene Unterlassung dieses Recht erloschen ist, lässt sich gesetzlich nicht begründen. Da das Klagefactum, woraufKläger sein Begehren mit Rücksicht auf die Bestimmungen der § 1431, 1447, 1333, 1334 ABG und des Gesetzes vom 15. Mai 1885, RGB Nr. 77, gründet, vom Geklagten bestritten wird, ist Kläger verpflichtet, jene Thatsache zu erweisen, und war daher auf den sententionirten Haupteid zu erkennen.

Das OLG hat über Appellation des Geklagten, in Abänderung des erstrichterlichen U., das Klagebegehren unbedingt abgewiesen.

Gründe:

Im gegenwärtigen Rechtsstreite handelt es sich allein um die Lösung der Rechtsfrage, ob eine auf Grund eines rechtskräftigen U. geleistete Zahlung zurückgefordert werden könne oder nicht. Diese Frage muss verneinend beantwortet werden. Denn es wird nicht bestritten, dass Geklagter gegen den Kläger ein U. erwirkt habe, mit welchem Letzterer zur Zahlung einer Darlehensforderung per 430 fl. verurtheilt worden ist; dass Kläger (damaliger Geklagter) im Processe puncto Zahlung der dem heutigen Geklagten schuldigen 430 fl. das von ihm behauptete vorherige Uebereinkommen, wonach er statt 430 fl. blos 379·18 fl. zu zahlen gehabt hätte, nicht eingewendet habe; und dass Kläger den Betrag, zu dessen Zahlung

er verurtheilt worden ist, erlegt habe. Wenn daher Kläger auf Grund eines in Rechtskraft erwachsenen U. den eingeklagten Betrag per 430 fl. bezahlt hat, bezahlte er nur Das, was ihm kraft dieses U. zur Pflicht auferlegt worden war. Wenn, wie Kläger behauptet, Geklagter jedoch bestreitet, eine Vereinbarung unter den Parteien zu Stande gekommen ist, laut welcher Kläger statt des Betrages per 430 fl. bloss 379·18 fl. zu zahlen gehabt hätte, hätte Kläger im Processe wegen Zahlung jener 430 fl. diese Vereinbarung einwenden können, was er jedoch unterlassen hat, und ist nicht berechtigt, einen Theil dessen, wozu er rechtsgiltig verurtheilt war, zurückzufordern, und dies um so weniger, als er die Zahlung bereits geleistet hat. Wenn also Kläger gewusst hat, dass er dem Geklagten blos 379·18 fl. schuldete, hätte er nicht 430 fl., sondern laut behaupteter Vereinbarung blos 379·18 fl. bezahlen sollen, und ist deshalb nach § 1432 ABG nicht berechtigt, im Klagswege die Rückerstattung des eingeklagten Betrages zu begehren.

Ueber Revisionsbeschwerde des Klägers fand der OGH das angefochtene oberlandesgerichtliche U. aus dessen Gründen zu bestätigen.

2818.

Die in den Hofd. vom 27. November 1807, JGS Nr. 828 und 6. Februar 1792, JGS Nr. 259, enthaltenen Bestimmungen über das Erbrecht zu dem Nachlasse von Geistlichen beziehen sich nur auf solche Geistliche, welche österreichische Staatsangehörige und in Oesterreich angestellt sind.

E. v. 21. Juni 1892, Z. 6200. — (GH 8 ex 93, Seite 70.)

In der Verlassabhandlung nach dem in Krakau verstorbenen Wilnaer Bischof und russischen Staatsangehörigen Adam K. hat die I. J. die Erbserklärung des Stadtmagistrates in Krakau im Namen der Ortsarmen zu dem Nachlasse des Genannten zur gerichtlichen Kenntniss genommen.

Ueber die von dem erbserklärten anverwandten Erben dagegen eingebrachten Recurse hat die II. J. den angefochtenen B. bestätigt.

Dem a. o. Revisionsrecurse der erbserklärten Erben hat der OGH stattzugeben und die angefochtenen untergerichtlichen E. dahin abzuändern befunden, dass die vom Krakauer Stadtmagistrate namens der dortigen Ortsarmen überreichte Erbserklärung zu Gericht nicht angenommen werde; dies aus nachstehenden

Gründen:

Nach § 799 ABG muss Derjenige, welcher eine Erbschaft in Besitz nehmen will, den Rechtstitel, ob sie ihm aus einer letzten Anordnung, aus einem giltigen Erbvertrage oder aus dem Gesetze zufalle, dem Gerichte ausweisen. Die Erbserklärung des Krakauer Stadtmagistrates namens

der dortigen Ortsarmen wird lediglich auf die Bestimmungen des Hofd. vom 27. November 1807, JGS Nr. 828, somit auf das Gesetz gestützt. Da jedoch dieses Hofd., sowie jenes vom 6. Februar 1792, JGS Nr. 259, zu dessen Erläuterung es erflossen ist, lediglich die gesetzliche Nachfolge in den Nachlass jener Geistlichen normiren, welche österreichische Staatsunterthanen und hierlands angestellt sind, und auf Ausländer, welche nach dem Gesetze vom 7. Mai 1874, RGB Nr. 50 zur Erlangung kirchlicher Aemter und Pfründen in Oesterreich gar nicht geeignet sind, keine Anwendung finden können; so entbehrt die Erbserklärung des Krakauer Stadtmagistrates zum Nachlasse des Adam K., welcher ein Ausländer und russischer Staatsangehöriger war, offenbar jeglichen Rechtstitels und kann als solche bei der Nachlassabhandlung nach dem Bischofe K. nicht berücksichtigt werden, wobei nur noch zu bemerken ist, dass durch die JMV vom 13. Febrar 1887, Z. 2561, Verordnungsblatt Nr. 7, die Bestimmungen der obbezogenen Hofd., sowie der Art. XIX des zwischen Oesterreich und Russland geschlossenen Staatsvertrages vom 2. September 1860, RGB Nr. 272, nicht geändert worden sind, indem dieselbe lediglich die Belehrung der Gerichte im Sinne des zweiten Absatzes des § 23 des Abh.-Pat., in Betreff des Verfahrens über den hierlands befindlichen beweglichen Nachlass eines russischen Staatsangehörigen zum Zwecke hatte und eine Aenderung des materiellen Erbrechtes durch dieselbe nicht beabsichtigt werden konnte, daher dem Recurse der genannten Erben stattzugeben war.

2819.

In Besitzstörungsstreitigkeiten sind Recurse gegen B., mit welchen dem Sachverständigen eine Entlohnung zuerkannt wurde, bis zur Fällung eines Enderkenntnisses nicht zulässig.

E. v. 21. Juni 1892, Z. 7028. — (GH 12 ex 93, Seite 105.)

In einem Rechtsstreite wegen Störung im Besitze einer Realität begehrte der Belangte B einen Sachverständigenbefund.

Dieser wurde vorgenommen, den Sachverständigen 33 fl. an Entlohnung zuerkannt und B aufgefordert, diesen Betrag vorschussweise zu bezahlen.

Ueber den Recurs des B hat die II. J. diesen B., sofern derselbe gegen die Höhe der zuerkannten Gebühr gerichtet war, bestätigt, im Uebrigen aber abgeändert und die Zahlung der Entlohnung per 33 fl. dem Kläger A, welcher überhaupt sämmtliche Streitkosten vorzustrecken verpflichtet sei, auferlegt.

Ueber den Revisionsrecurs des A hat der OGH die E. II. J. behoben und den Appellationsrecurs des B als unstatthaft zurückgewiesen in der Erwägung, dass gegen richterliche Verfügungen im Zuge des Verfahrens

über Besitzstörungsstreitigkeiten ein abgesonderter Recurs gemäss § 16 der kais. Verordnung vom 27. October 1849, RGB Nr. 12, nicht stattfinden kann, dass vielmehr nach dieser gesetzlichen Bestimmung jedem Theile vorbehalten bleibt, ihre allfälligen Beschwerden nach erfolgtem Endbescheide zugleich mit dem Recurse gegen den Letzteren anzubringen, und in der Erwägung, dass die Bemessung der Gebühren der Sachverständigen und der vom ersten Richter an den Belangten B hinausgegebene Auftrag auf Berichtigung dieser Gebühren im Zuge des Verfahrens vor Fällung eines Enderkenntnisses erfolgten.

2820.

Durch die nachträgliche Eintragung der im Sinne des § 161 ABG abgegebenen Erklärung des Gatten der ausserehelichen Mutter eines Kindes in die Geburtsregister erlischt die vormundschaftsbehördliche Gestion über das uneheliche Kind nicht ohneweiters.

E. v. 21. Juni 1892, Z. 7315. — (NZ 38 ex 92, Seite 248.)
I. st.-del. BG Leopoldstadt II.
II. OLG Wien.

A hatte in dem am 10. October 1883 vor der Vormundschaftsbehörde geschlossenen und pflegschaftsbehördlich genehmigten Vergleiche sich als der aussereheliche Vater der von der B ausserehelich geborenen minderjährigen C einbekannt und sich bis zur Selbsterhaltungsfähigkeit des Kindes zu einer monatlichen Alimentationsleistung von 25 fl. verpflichtet. An Stelle des seinerzeit bestellten Vormundes wurde über Antrag der Kindesmutter, welche in der Folge den D geheiratet hatte, dieser zum Vormunde des Kindes bestellt.

Ohne Intervention und Kenntniss der Pflegschaftsbehörde zahlte A über Aufforderung der B den bis zum erreichten 14. Lebensjahre des Kindes berechneten Alimentationsbetrag von 2200 fl. zu Handen des D gegen Uebergabe der Erklärung ddto.: „dass A ungeachtet der einmaligen Beiwohnung nicht der Vater des Kindes sei, sondern dass D der Vater sei, welcher auch das Kind als das seine anerkannt und in die Ehe aufgenommen habe“ und gegen Uebergabe des Geburtscheines, laut welchem das Kind thatsächlich in den Geburtsregistern als per matrimonium subsequens legitimirtes Kind des D eingetragen erschien, aus. Als B und D das erhaltene Geld in kürzester Zeit für eigene Zwecke verbraucht hatten, nahm Erstere ungeachtet der von ihr schriftlich gegebenen Bestätigung, „keinerlei Ansprüche an A oder dessen Erben zu haben“ den Schutz der Behörden für ihr Kind in Anspruch. Nach Erhebung der thatsächlichen Momente und nachdem in Frage steht, ob die minderjährige C als eheliches Kind des D anzusehen sei und den Namen des D zu führen habe, rücksichtlich ob dieselbe derzeit noch als uneheliches Kind der B erscheint

und den Geschlechtsnamen der Mutter zu führen habe, ob somit die väterliche oder vormundschaftliche Gewalt platzzugreifen habe, dann ob A seinen im Alimentationsvergleiche übernommenen Verbindlichkeiten nachgekommen sei, beziehungsweise ob und welche Alimentationsleistungen derselbe in Zukunft zu prästiren haben wird und ob etwa im Sinne der §§ 233 und 234 des ABG eine neuerliche Zahlung und eventuell in welchem Betrage einzutreten haben wird, bei Lösung welcher Fragen der bisherige Vormund D, ganz abgesehen von seinem bisherigen Verhalten, nach § 271 ABG ausgeschlossen ist, da es seine Pflicht gewesen wäre, die bezüglichen Verträge der Vormundschaftsbehörde zur Kenntnissnahme und Prüfung zu unterbreiten, bestellte die I. J. einen Curator mit dem Auftrage, die auf die Lösung der Status- und vermögensrechtlichen Fragen dieses Kindes bezughabenden Anträge zu stellen.

Ueber Recurs des A, welcher sich auf das Eintreten der väterlichen Gewalt und das Erlöschen der vormundschaftsbehördlichen Thätigkeit berufen und im Hinblicke darauf, dass das Kind nunmehr dem ausserhalb Wiens gelegenen Gerichtsstande seines ehelichen Vaters zu folgen habe, die Competenz des Gerichtes angefochten hatte, bestätigte die II. J. diese Verfügung in der Erwägung, dass der Recurrent gar nicht legitimirt ist, die seinen allfälligen Rechten nicht präjudicirende Verfügung der Pflegschaftsbehörde, gegen welche D, dessen Rechte dadurch betroffen werden, keine Beschwerde ergriffen hat, anzufechten, abgesehen davon aber die I. J. zur Erlassung derselben in Gemässheit des § 86 JN zuständig erscheint, weil dasselbe seine pflegschaftsbehördliche Thätigkeit insolange fortzusetzen hat, bis nicht die Competenz eines anderen Gerichtes zweifellos festgestellt ist, und dass die getroffene Verfügung durch die erstrichterliche Begründung und die seither von D abgegebene Protocollar-Erklärung, dass er nicht der Vater der minderjährigen C sei und mit der Kindesmutter bis zu der am 2. Juni 1890 erfolgten Verehelichung keinen geschlechtlichen Umgang gepflogen habe, vollkommen gerechtfertigt ist.

Den a. o. Recurs des A hat der OGH abgewiesen, weil die Voraussetzungen, unter welchen im ausserstreitigen Verfahren nach § 16 des Abh.-Pat. die Abänderung gleichförmiger Verordnungen der Untergerichte statthaft erscheint, nämlich eine offenbare Gesetz- oder Actenwidrigkeit nicht vorliegen, dem Recurrenten die Befugniss zur Anfechtung der verfügten Curatelsaufstellung gänzlich mangelt und insbesondere diese Befugniss nicht daraus, dass ihm eine Ausfertigung des bezirksgerichtlichen Bescheides zugestellt worden ist, abgeleitet werden kann, weil endlich mit Rücksicht auf § 86 JN und auf die Unklarheit der bestehenden Verhältnisse es vollkommen gerechtfertigt erscheint, dass die I. J. die pflegschaftsbehördliche Gestion noch nicht für abgeschlossen betrachtet.

2821.

Das Verfahren behufs Vertheilung des Meistbotes ist ein Streitverfahren.

E. v. 21. Juni 1892, Z. 7433. — (Práv. XIV ex 92, Seite 481.)

Den gegen einen Meistbotsvertheilungs-Bescheid eingebrachten Recurs des Hypothekgläubigers A wies die I. J. als verspätet von amtswegen zurück, weil der recurrirte B. dem A bereits am 21. Februar 1892 zugestellt wurde, mithin am 8. März 1892, als dem Einreichungstage des Recurses, die gesetzliche Recursfrist schon abgelaufen war.

Ueber Recurs der A hat die II. J. zwar den angefochtenen B. im Punkte der Abweisung des Recurses als verspätet behoben, á merito jedoch den Recurs abgewiesen; denn durch den Verkauf des Pfandes wurde die Execution wider den Schuldner beendigt und die Vertheilung des Meistbotes ist laut § 51 JN der Real-Instanz zugewiesen, es sind daher auf diese Vertheilung nicht die Bestimmungen des Streitverfahrens, sondern jene des ausserstreitigen anzuwenden. Es hatte also die I. J. den Recurs gegen den in Rede stehenden Meistbotsvertheilungs-Bescheid in Gemässheit des § 11 alinea 2 des Abh.-Pat. zu Gericht anzunehmen und dem Obergerichte vorzulegen.

In der Sache selbst war aber dem Recurse nicht stattzugeben, weil durch den angefochtenen B. bereits ein anderer Gläubiger, welchem der Meistbotsrest behufs Befriedigung mit seiner Forderung zur Zahlung zugewiesen wurde, Rechte erlangt hat, welche durch eine Abänderung des gedachten B. benachtheiligt werden könnten; nach § 11 des cit. Patentes kann jedoch auf verspätete Recurse nur dann Bedacht genommen werden, wenn die gerichtliche Verfügung, um die es sich handelt, noch ohne Abbruch fremder Rechte abgeändert werden kann.

Dem Revisionsrecurse des A gegen die Verwerfung des Recurses wider den Meistbotsvertheilungs-Bescheid hat auch der OGH keine Folge gegeben, allein aus dem Grunde, weil der Recurs gegen den Meistbotsvertheilungs-Bescheid, also gegen einen B., welcher zur Zeit erlassen wurde, als die Execution behufs Hereinbringung der Forderung der Recurrenten aus der Hypothek noch im Zuge war, nicht auf den blos im nichtstreitigen Verfahren geltenden Bestimmungen des § 11 des citirten Patentes, sondern nach § 267 AGO und der JMV vom 28. August 1860, RGB Nr. 205, zu beurtheilen ist, mithin der nach Ablauf der gesetzlichen Frist eingebrachte Recurs in Befolgung des § 3 der citirten MV seitens des Erstrichters mit Fug zurückgewiesen worden ist.

2822.

Der Aufkündende einer Miethe hat, wenn die Berechtigung der vierzehntägigen Aufkündigung von dem Gekündigten widersprochen wird, die thatsächlichen Voraussetzungen dieser Berechtigung zu erweisen.

E. v. 21. Juni 1892, Z. 7514. — (GH 51 ex 92, Seite 433.)

Unter'm 1. März 1892, Z. 2965, brachte Konrad P. gegen Konrad S. eine Aufkündigung der von dem Letzteren im Hause des Ersteren Nr. 214 in Grünwald gemietheten Wohnung, bestehend aus einem Zimmer, einer Kammer und einem Schupfen, zur Räumung bis 28. März 1892 ein. Die Kündigungsfrist wurde auf 14 Tage angegeben, da über dieselbe angeblich eine Vereinbarung nicht bestand.

Gegen diese Aufkündigung erhob Konrad S. Einwendungen, in denen er behauptete, dass bei Abschluss des Miethvertrages eine vierteljährige Kündigung bedungen worden sei, und berief sich überdies zur Begründung seiner Einwendungen in der Replik auf den § 2 der kais. Verordnung vom 16. November 1858, RGB Nr. 213.

Die I. J. hat die Kündigung für rechtsunwirksam erklärt und Konrad P. mit derselben abgewiesen.

Gründe:

Was die von Konrad S. behauptete Vereinbarung einer vierteljährigen Kündigungsfrist betrifft, so wurde auf dieselbe bei E. dieses Strittes aus dem Grunde keine Rücksicht genommen, weil in diesem Falle schon auf Grund des Gesetzes, nämlich auf Grund des § 2 Bestand-Verf. eine dreimonatliche Kündigungsfrist erforderlich ist. Denn diese Gesetzesstelle bestimmt, dass an Orten, wo keine besondere Mieth- und Ausziehordnung besteht, in Fällen, in welchen kein besonderes Uebereinkommen der Parteien über die Kündigungsfrist getroffen ist, Miethen wenigstens drei Monate, Miethen, deren vertragsmässige Dauer ein Jahr nicht erreicht, wenigstens vierzehntägig zu kündigen sind. Eine Mieth- und Ausziehordnung besteht für den Ort Grünwald nicht, es tritt also die Bestimmung dieser Gesetzesstelle hier in Kraft. Nach derselben genügt eine vierzehntägige Kündigung dann, wenn durch Vertrag bestimmt wurde, dass die Dauer der Miethe ein Jahr nicht betragen solle; der Aufkündigende behauptet nicht einmal, dass ein derartiger Vertrag geschlossen worden sei. Es geht aber aus allen Umständen vielmehr hervor, dass die Parteien den Bestandvertrag jedenfalls für die Dauer eines Jahres abschliessen wollten; denn wie die Zeugen Anna S. und Julie P. übereinstimmend angaben, nannte Konrad P. bei Abschluss des Vertrages auf die Frage des Konrad S. nach dem Preise der Wohnung den Jahrespreis von 60 fl. worauf Konrad S. 56 fl. bot, um welchen Jahrespreis sie hierauf einig wurden.

Weiter gesteht der Geklagte in der Einrede ausdrücklich zu, dass die Zinszahlung einvierteljährig im Vorhinein vereinbart wurde. Berücksichtigt man noch den Umfang der Wohnung, welche nicht ein blosses Monatszimmer ist, so sprechen alle diese Umstände für die Annahme, dass es sich in diesem Falle um eine Jahreswohnung handelt, welche eine dreimonatliche Kündigung erfordert. Indem sich der Geklagte auf den § 1116 ABG stützt, übersieht er, dass diese Gesetzesstelle durch § 2 der späteren kais. Verordnung vom 16. November 1858, RGB Nr. 213, theilweise abgeändert wurde. Aus diesen Gründen musste den Einwendungen des Konrad S. stattgegeben und die Aufkündigung für unwirksam erklärt werden.

Ueber die Appellationsbeschwerde des Geklagten hat die II. J. diese E. abgeändert und erkannt:

Die gegen Konrad S. seitens des Konrad P. am 1. März 1892, Z. 2965, überreichte vierzehntägige bis zum 28. März 1892 ausgedehnte Kündigung ist nur dann rechtsunwirksam und wird Konrad P. mit derselben nur für den Fall abgewiesen, wenn Konrad P. den ihm in der klägerischen Aeusserung in der Ergänzungsverhandlung aufgetragenen, von ihm in der Gegenäusserung angenommenen Haupteid: „es sei seines Erinnerns unwahr, dass ihm Konrad S. bei Abschluss des Miethvertrages vom 28. September 1891 nach erfolgter Einigung der Parteien über den Miethzins und darüber, dass dieser Zins einvierteljährig zu zahlen ist, noch erklärt hat: „Ich will auch einvierteljährige Kündigung haben“, und dass er (Konrad P.) darauf entgegnet habe: „Ich habe die Wechslerei auch nicht gerne“ nicht ablegt. Legt jedoch der Geklagte diesen Haupteid ab, dann wird der Kläger mit seinen Einwendungen gegen jene Kündigung abgewiesen.

Ueber die Revisionsbeschwerde des Klägers hat der OGH die E. der I. J. wieder hergestellt.

Gründe:

Der Geklagte erklärt in der sub praes. 1. März 1892 dem Kläger gegebenen Aufkündigung der diesem in dem Hause Nr.-C. 214 in Grünwald vermietheten Wohnung, dass bezüglich der Kündigung eine Vereinbarung zwischen ihm (als Vermiether) und dem Kläger (als Miether) nicht getroffen worden ist, und kündigt dem Letzteren die Wohnung zur Räumung bis 28. März 1892 auf. Der Kläger bestreitet in den gegen diese Aufkündigung rechtzeitig überreichten Einwendungen die Berechtigung des Geklagten, ihm die Wohnung zum 28. März 1892 aufzukündigen, und beruft sich zur Begründung dieser Bestreitung in der Replik auf die Bestimmung des § 2 der kais. Verordnung vom 16. November 1858, RGB Nr. 213. Nach § 2 lit. c. dieser Verordnung müssen in allen anderen ausser den unter a) und b) bezeichneten Fällen Miethen wenigstens drei Monate früher aufgekündigt werden, als der Bestandgegenstand übergeben

werden soll. Von dieser Regel bilden nach eben diesem Gesetze nur jene Miethen eine Ausnahme, deren vertragsmässige Dauer ein Jahr nicht erreicht, bei denen die Aufkündigungsfrist auf 14 Tage beschränkt ist. Der Geklagte hatte daher, da die Frist zwischen der Aufkündigung (1. März) und dem 28. März 1892, bis wohin der Kläger als Miether die Wohnung zu räumen hätte, nicht drei Monate beträgt, seine Berechtigung, die Wohnung innerhalb einer kürzeren Frist zu kündigen, durch Anführung der thatsächlichen Voraussetzungen dieses Anspruches darzuthun. Das hat er aber über den von dem Kläger in den Einwendungen erhobenen Widerspruch nicht gethan und es war schon hierwegen die Aufkündigung als rechtsunwirksam zu erkennen, ohne dass es auf die von dem Kläger weiter erhobene Einwendung, dass zwischen ihm und dem Geklagten beim Abschlusse des Miethvertrages auch eine vierteljährige Aufkündigungsfrist vereinbart wurde und auf den hierüber angebotenen Beweis ankommen dürfte. Aus diesen Erwägungen wurde mit Abänderung des oberlandesgerichtlichen U., welches von unrichtiger Auslegung der Bestimmungen des § 2 der kais. Verordnung vom 16. November 1858, RGB Nr. 213, ausgehend, die E. von dem durch den Kläger zu erbringenden Beweise durch den Haupteid über die eingewendete, von dem Geklagten widersprochene Vereinbarung einer vierteljährigen Aufkündigung abhängig machte, das erstrichterliche, die Aufkündigung unbedingt als rechtsunwirksam erkennende U. wieder hergestellt.

2823.

Die im § 579 ABG vorgeschriebene Unterschrift der drei Testamentszeugen kann nicht durch ein Handzeichen ersetzt werden.

E. v. 22. Juni 1892, Z. 7244. — (GZ 50 ex 92, Seite 403.)

I. BG Žižkow.
II. OLG Prag.

In der Rechtssache des A und Genossen gegen B und Genossen wegen Ungiltigkeitserklärung des Testamentes der Franziska Sch. wendeten die Geklagten gegen die Klage unter Anderem ein, dass die Unterschrift der Erblasserin auf dem Testamente blos aus drei Kreuzzeichen und den Worten: „Franziska Sch.“ ohne Namensbeisetzung Desjenigen bestehe, welcher diese Worte schrieb; dass die Unterschrift des Zeugen Franz V., nämlich sein Kreuzzeichen und die Worte „Franz V. ersuchten zur Unterschrift“ den gesetzlichen Vorschriften nicht entspricht; dass bei dieser letzteren Unterschrift der Beisatz „Zeuge des letzten Willens“ fehlt und dass das Testament mit einer anderen Tinte geschrieben sei, als die Unterschriften der Zeugen.

Die I. J. hat das Klagebegehren abgewiesen aus nachstehenden

Gründen:

Was die formalen Gründe der Ungiltigkeit des Testaments anbelangt, so erfordert zwar § 580 ABG, dass der Erblasser, welcher selbst nicht schreiben kann, statt seiner Unterschrift ein Handzeichen beisetzen soll, es wird aber nur zur Vorsicht anempfohlen, jedoch nicht verordnet, dass einer der Zeugen „als Namensfertiger" den Namen des Erblassers beifüge; in dieser Richtung wurde daher dem Gesetze entsprochen. Zu § 579 ABG wird zwar verlangt, dass sich die Zeugen als Testamentszeugen unterschreiben sollen; im vorliegenden Falle ist jedoch auch auf die Vorschrift des § 601 ABG Rücksicht zu nehmen, wornach das Testament dann ungiltig ist, wenn der Erblasser eines der vorgeschriebenen Erfordernisse nicht beobachtet hat, es ist daher zur Giltigkeit des Testamentes nicht nothwendig, dass die Zeugen zu ihrem Namen die Worte „als Zeuge des letzten Willens" beisetzen, und genügt es, wenn der Zeuge statt der Unterschrift ein Handzeichen beifügt, zumal, wenn erwogen wird, dass Derjenige, welcher nicht schreiben kann, vom Gesetze als unfähiger Testamentszeuge nicht erklärt wurde. Auch die Verschiedenheit der Tinte ist nicht im Stande, zu erweisen, dass die Unterschriften der Zeugen erst nach dem Tode der Erblasserin beigefügt wurden.

Das OLG hat in Abänderung des erstrichterlichen U. dem Klagebegehren rücksichtlich der Ungiltigkeitserklärung des Testamentes Folge gegeben.

Gründe:

Gegen die Klage wenden die Geklagten unter Anderem auch ein, dass die Unterschrift des Zeugen Franz V. auf dem Testamente dahin lautet, dass statt des Namens drei Kreuzzeichen und die Worte „Franz V. ersuchten zur Unterschrift" auf dem Testamente geschrieben sind. Zu § 579 ABG wird bezüglich des vom Erblasser lediglich unterschriebenen Testamentes bestimmt, dass sich drei Zeugen auf der Urkunde als Zeugen des letzten Willens unterschreiben sollen. Die eigenhändige Unterschrift aller drei Zeugen ist daher ein Formalerforderniss, welches unumgänglich beobachtet werden muss, wenn der letzte Wille rechtsgiltig sein soll. Diese Unterschrift kann nicht durch ein Handzeichen ersetzt werden, da im § 579 ABG vorgeschrieben ist, dass sich die Zeugen unterschreiben sollen und wird davon nichts erwähnt, dass die Beisetzung eines Handzeichens erlaubt sei. Auch kann hier die Bestimmung des § 886 ABG nicht in Anwendung kommen, da dieselbe auf Verträge Bezug hat und an den Förmlichkeiten des letzten Willens nichts ändert. Uebrigens ist aus dem Inhalte des Testamentes nicht ersichtlich, wer die Unterschrift des Zeugen Franz V. bestätigte, diese Unterschrift ist daher nicht giltig, woran

der Umstand nichts ändert, dass die Kläger in der Appellation behaupten, dass auch eine des Schreibens unkundige Person fähiger Testamentszeuge sein kann. Mit Rücksicht auf die Ungiltigkeit der Unterschrift des Zeugen Franz V. ist der in Rede stehende letzte Wille von drei Zeugen nicht gefertigt, daher auf Grund des § 601 ABG ungiltig.

Der OGH hat über die o. Revisionsbeschwerde der Geklagten das oberlandesgerichtliche U. bestätigt aus nachstehenden

Gründen:

Nach §§ 579 und 580 ABG muss der Erblasser, welcher nicht schreiben kann, auf den Aufsatz, welcher den letzten Willen enthält, in Gegenwart aller drei Testamentszeugen statt der Unterschrift sein Handzeichen eigenhändig beisetzen, er muss ferner vor drei fähigen Zeugen, von denen mindestens zwei zugleich gegenwärtig sein sollen, den Aufsatz als seinen letzten Willen bestätigen und schliesslich sollen sich die Zeugen auf der Urkunde als Zeugen des letzten Willens unterschreiben. Aus den Aussagen der von den Geklagten selbst geführten Zeugen ergibt sich, dass die in den erwähnten Gesetzstellen vorgeschriebenen Förmlichkeiten nicht beobachtet wurden. Franziska Sch. hat ihr Handzeichen nicht in Gegenwart aller drei Zeugen beigesetzt, denn einer der Zeugen erklärt, es sei unwahr, dass in seiner Gegenwart die Erblasserin ihr Handzeichen auf den Aufsatz gesetzt habe. — Allerdings liegt das Zugeständniss vor, dass Franziska Sch. des Schreibens kundig war, allein das Gesetz unterscheidet im § 580 ABG nicht, ob dem Erblasser die Schreibkenntniss überhaupt abgehe, oder ob er zur Zeit der Testamentserrichtung aus irgend einem anderen Grunde nicht fähig sei, seinen Namen zu fertigen. Das Gesetz beabsichtigt durch die Vermehrung der Vorsichtsmassregeln eine grössere Sicherheit zu erlangen und die Führung des Beweises zu erleichtern, dass das auf dem Aufsatz befindliche Handzeichen wirklich vom Erblasser herrühre; aus welchem Grunde der Erblasser nicht seine Unterschrift, sondern nur ein Handzeichen beifügte, ist gleichgiltig, wie sich auch aus § 886 ergibt. Ein anderer Zeuge bestätigt aber noch weiter, dass vor ihm die Erblasserin nicht erklärte, dass der Aufsatz ihren letzten Wille enthalte, wodurch die Vorschrift des § 579 ABG verletzt erscheint. — Durch die Nichtbeachtung dieser Förmlichkeiten von Seite der Erblasserin erscheint nach § 601 ABG der letzte Wille ungiltig. Es ist aber auch der vom OLG hervorgehobene Umstand, die Unterschrift des Testamentszeugen V. betreffend, geeignet, die Ungiltigkeit der letzten Willenserklärung der Franziska Sch. herbeizuführen und es wird in dieser Richtung lediglich auf die Begründung des obergerichtlichen U. verwiesen.

2824.

Eine Besitzstörung ist dort ausgeschlossen, wo keine willkürliche Handlung des Störenden vorhanden ist, und es kann insbesondere der Dienstgeber nicht für eine gegen sein Verbot unternommene Handlung des Bediensteten als haftpflichtig angesehen werden.

E. v. 22. Juni 1892, Z. 7463. — (GH 40 ex 92, Seite 338.)

I. BG Tolmein.
II. OLG Triest.

Die I. J. hatte über Ansuchen der Steuergemeinde U. den Alpenbesitzern G., K., R. auf Grund eines von der Statthalterei bestätigten Ablösungsvergleiches jede Ausübung der Weide auf der der Steuergemeinde U. gehörigen Alpe H. bei einer Strafe von 100 fl. verboten.

Mit Gesuch vom 29. Juli 1891 stellte die erwähnte Steuergemeinde das Begehren: Die genannten Alpenbesitzer haben das Verbot vom 23. Juni 1878 dadurch überschritten, dass sie ihre Schafe am 1. Juli 1891 auf der erwähnten Alpe weideten, und haben binnen acht Tagen bei Executionsvermeidung die angedrohte Geldstrafe von 100 fl. zu entrichten; dieses Begehren wurde vom Erstrichter abgewiesen.

Die II. J. gab dem Recurse der Steuergemeinde statt, in der Erwägung, dass durch den citirten B. den Beklagten für sich und Mittelspersonen das Weiderecht auf der erwähnten Alpe bei Vermeidung der Geldstrafe von 100 fl. verboten worden war; dass durch Sachverständige, beziehungsweise Zeugen nachgewiesen wurde, dass der Hirt des Mitgeklagten G. eine Herde Schafe auf der Alpe weidete, somit die Uebertretung des Verbotes festgestellt ist, und dass, wenn auch die Executen dem Hirten untersagten, auf jener Stelle zu weiden, und dieser, sei es aus Unachtsamkeit oder vorsätzlich doch die Herde Schafe weiden liess, die Executen hiefür verantwortlich sind.

Der OGH hat, dem Revisionsrecurse der Alpenbesitzer stattgebend, die obergerichtliche E. abgeändert und den erstrichterlichen abweislichen B. bestätigt und zwar in der Erwägung, dass das Executionsgesuch der Gemeinde U. unter der Voraussetzung einer widerrechtlichen Störung ihres Besitzes begründet sein würde, als solche widerrechtliche Störung aber nur eine in freier Willkür unternommene Handlung der Störenden angesehen werden kann; dass nach dem Ergebnisse des Zeugenbeweises die von dem Hirten S. gehüteten Schafe in einem unbewachten Momente, während derselbe mit der Einfangung zweier entlaufener Schafe beschäftigt war, die Grenze überschritten und sich auf das in Verbot gelegte Gebiet der Alpe H. begeben haben, nach Wahrnehmung dieser Grenzüberschreitung aber sofort aus diesem Gebiete wieder abgetrieben wurden; dass somit ein willkürliches Vorgehen des Hirten S. in dem der Executionsführung zu Grunde gelegten Acte nicht gefunden werden kann; dass für

dieses Vergehen die Executen aber auch deshalb nicht verantwortlich gemacht werden könnten, weil sie, wie von sämmtlichen Zeugen bestätigt wird, ihren Hirten die Beachtung der Grenze strenge aufgetragen haben und die Verantwortlichkeit des Dienstgebers nicht so weit ausgedehnt werden kann, dass derselbe auch für gegen sein ausdrückliches Verbot unternommene Handlungen seines Bediensteten als haftpflichtig anzusehen wäre.

2825.

Die Competenz des HG findet über Streitigkeiten aus den Rechtsverhältnissen der Theilnehmer in einer Vereinigung zum Handelsbetriebe nur dann statt, wenn das betriebene Handelsgewerbe in einem Umfange betrieben wird, welcher über jenen des Handwerksbetriebes hinausgeht.

E. v. 28. Juni 1892, Z. 7560. — (GH 46 ex 92, Seite 336.)

I. st.-del. BG Leopoldstadt.
II. OLG Wien.

Johann N. in Wien belangte die Magdalena W. in Budapest bei der I. J. auf Zahlung eines Theilbetrages per 200 fl. von einer Gesellschaftseinlage per 600 fl.

Dagegen erhob die Geklagte zunächst die Einwendung des nicht gehörigen Gerichtsstandes.

Die I. J. hat dieser Einwendung stattgegeben.

Gründe:

Die Klage stützt sich auf den in Abschrift sub A vorgelegten Gesellschaftsvertrag vom 8. April 1891, nach dessen Inhalt der Kläger der Geklagten eine Einlage von 600 fl. zum Betriebe des auf ihren Namen geführten Geschäftes übergab. Nachdem Geklagte nun das Kaffeesiedergeschäft, welches von beiden Theilen gemeinsam betrieben wurde, wieder verkauft hat, fordert Kläger die nach Art. V dieses Vertrages in vier Wochen nach Auflösung des Vertrages fällige erste Rate seiner Einlage per 200 fl. und zwar hiergerichts auf Grund des Art. VII des Vertrages, nach welchem sich beide Theile in Streitfällen dem summarischen Verfahren vor diesem BG unterwerfen.

Die Geklagte erhebt nun hingegen in erster Linie die Einwendung der Incompetenz, indem sie sich auf § 47 JN beruft, da es sich um einen Streit des Inhabers eines Handelsgewerbes mit dem stillen Gesellschafter handelt, welche Streitigkeiten vor das HG gehören (§ 39, Z. 3 des Einf.-Ges. zum HGB) und demselben auch durch Prorogation der Parteien nicht entzogen werden können.

Der Kläger macht dagegen geltend, dass die Firma der Geklagten weder protocollirt, noch nach dem Steuerbetrage zur Protocollirung ver-

pflichtet gewesen sei, dass ferner die bestandene Association nach der Natur des Betriebes und nach der Analogie mit dem in Art. 10 HGB angeführten Geschäfte eines Wirthes nicht als „Handelsgesellschaft“ anzusehen sei, deshalb auch die Bestimmung des § 39 des Einf.-Ges. nicht zur Anwendung gelangen könne.

Alle diese vom Kläger zur Entkräftung der Einwendung der Incompetenz vorgebrachten Anführungen erscheinen als nicht stichhältig; denn der Betrieb eines Kaffeehauses, welches nach § 16 des Gewerbegesetzes in der Verabreichung von Kaffee, Thee etc. besteht, ist zweifellos der Betrieb von Handelsgeschäften im Sinne des Art. 271, Z. 1 des HGB, wie schon daraus hervorgeht, dass Wirthe, deren Gewerbe nach § 16 lit. b und c des Gewerbegesetzes in der Verabreichung von Speisen und Getränken besteht, nach dem HGB (Art. 10 in Verbindung mit § 7 des Einf.-Ges.) als Kaufleute anzusehen sind (Blaschke Commentar ad Art. 271 HGB). Der Umstand, dass die Firma der Geklagten nicht protocollirt war, ist im vorliegenden Falle nicht massgebend, da dieser Umstand nur bei der Unterscheidung zwischen Vollkaufleuten und minderberechtigten Kaufleuten, auf welch' Letztere allerdings die Bestimmungen über die Handelsgesellschaften (II. Buch des HGB) keine Anwendung finden (§ 7 Einf.-Ges.), in Betracht kommt. Es ergibt sich hieraus nun einfach, dass das Verhältniss zwischen der Geklagten und dem Kläger, welches sich eben als die Betheiligung eines stillen Gesellschafters an einem Handelsgewerbe darstellt, nach dem III. Buche des HGB zu beurtheilen ist, obzwar die Geklagte als minderberechtigte Handelsfrau anzusehen ist (Hahn, dann Anschütz Commentare zum HGB ad Art. 10, ferner Blaschke ad Art. 250) und geht andererseits aus der im § 39, Z. 3 Ein.-Ges. zum HGB vorkommenden Citirung des Art. 10 des HGB und aus den im Eingange dieses Paragraphen enthaltenen Worten „ohne Rücksicht auf die Eigenschaft der streitführenden Theile“ hervor, dass es sich im vorliegenden Falle um eine aussschliesslich die Competenz des HG begründende Handelssache, bezüglich welcher die Prorogation eines anderen Gerichtes gemäss § 47 JN unzulässig ist, handelt. Aus diesen Gründen war der Einwendung der Incompetenz dieses Gerichtes stattzugeben.

Ueber Appellation des Klägers hat die II. J. diese E. abgeändert, die von der Geklagten erhobene Einwendung der Unzuständigkeit des Gerichtes verworfen und zugleich das BG beauftragt, nach Rechtskraft dieses U. in der Sache selbst zu entscheiden.

Gründe:

Aus dem Vertrage A geht nicht hervor, dass sich die Streittheile zum Betreiben eines Handelsgeschäftes vereinigt haben. Nach Art. 10 HGB finden die Bestimmungen desselben über die Firmen u. s. w. unter anderen auf Wirthe, deren Gewerbe nicht über den Umfang des Hand-

werksbetriebes hinausgeht, keine Anwendung, und gelten Vereinigungen zum Betriebe eines Handelsgewerbes, auf welches die bezeichneten Bestimmungen keine Anwendung finden. nicht als Handelsgesellschaften. Es ist demnach ganz richtig, dass der Betrieb einer Kaffeeschänke, eines Kaffeehauses als der Betrieb eines Handelsgewerbes anzusehen ist; da aber Vereinigungen zum Betriebe eines solchen Handelsgewerbes nicht als Handelsgesellschaften gelten, so sind die Gesellschaften auch keine Handelsgesellschaften, daher auf Streitigkeiten aus dem Rechtsverhältnisse solcher Gesellschaften die Bestimmungen des § 39, Abs. 3 Einf.-Ges. zum HGB, keine Anwendung finden. Die auf diese Bestimmungen gestützte Einwendung der Gerichtsunzuständigkeit war daher umsomehr zu verwerfen, als Geklagte nicht einmal behauptet hat, dass die bezeichneten Bestimmungen des Art. 10 HGB nach den ungarischen Landesgesetzen auch auf Kaffeeschänken Anwendung finden sollen (Art. 10, letzter Absatz).

Ueber die Revisionsbeschwerde der Geklagten hat der OGH die E. II. J. zu bestätigen befunden; denn die Bestimmung der § 39 des Gesetzes vom 17. December 1862, RGB Nr. 1, zur Einführung des HGB, wornach Streitigkeiten aus den Rechtsverhältnissen der Theilnehmer an einer Vereinigung zum Handelsbetriebe zu einander der Handelsgerichtsbarkeit unterliegen, hat zur Voraussetzung, dass die bezügliche Vereinigung eine solche im Sinne des Handelsgesetzes sei. Dass dies nun bezüglich der hier in Rede stehenden Verbindung der Streittheile zum Geschäftbetriebe der Fall sei, hat die Geklagte nicht bewiesen; sie hat nämlich nicht dargethan, dass das Kaffeehausgeschäft in einem Umfange betrieben wurde, welcher über jenen des Handwerksbetriebes im Sinne des Art. 10 HGB hinausgegangen wäre, und nur wenn dies so gewesen wäre, würde die diesfällige Verbindung der Contrahenten als eine Vereinigung zum Handelsbetriebe im Sinne des in dem vorgedachten § 39 des Einf.-Ges. bezogenen Art. 10 des HGB anzusehen sein. Es liegt sonach kein Grund vor, wonach die Competenz des prorogirten Gerichtes ausgeschlossen wäre, und erscheint daher die obergerichtliche E. gerechtfertigt.

2826.

Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen neu aufgefundener Beweismittel gegen ein bedingtes U. nach erfolgter Ablegung des sententionirten Haupteides ist nicht unzulässig.

E. v. 28. Juni 1892, Z. 7582. — (JMB 794 ex 92, Seite 131.)

Die I. J. hat dem Klagebegehren des A auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen neu aufgefundener Beweismittel auf Grund der Verhandlungsergebnisse stattgegeben.

Das OLG hat die Klage abgewiesen.

Gründe:

Mit rechtskräftigem U. vom 22. August 1889 wurde der heutige Geklagte bedingt zu den daselbst angegebenen Leistungen an den heutigen Kläger verurtheilt, und ist erwiesen, dass der Beklagte die in den Absätzen 2 und 3 zugelassenen Haupteide, von deren Nichtablegung seine bezüglichen Zahlungsverbindlichkeiten abhängig gemacht wurden, abgelegt habe, wonach also feststeht, dass der Kläger mit den bezüglichen Ansprüchen an den Beklagten rechtskräftig und definitiv abgewiesen wurde. Gegen diese Rechtslage will nun der Kläger die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand durch Beibringung neuer Behelfe bewirken; dieses Bestreben ist aber gesetzlich unzulässig.

Nach der Bestimmung des § 372, lit. b AGO hat es zwar den Anschein, als ob gegen jedes U. die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen neu aufgefundener Beweismittel zulässig wäre. Dessenungeachtet muss diese Restitution für unstatthaft erklärt werden, wenn die E. von einem Haupteide abhängig gemacht und letzterer wirklich abgelegt wurde. Nur dann, wenn ein zugelassener Haupteid nicht abgeschworen wurde, und demnach lediglich die am Schlusse der §§ 210 und 211 AGO festgesetzte Vermuthung eintritt, kann nach der Bestimmung des Hofd. vom 23. Juli 1789, JGS Nr. 1038, lit b zur Entkräftung dieser Vermuthung die in Rede stehende Restitution erwirkt werden. Ist aber der zugelassene Haupteid wirklich abgelegt worden, dann bleibt nach § 234 AGO demjenigen, welcher erweisen zu können glaubt, dass sein Gegner einen falschen Eid abgelegt habe, lediglich vorbehalten, die Strafanzeige zu erstatten. Diesen Weg hat der Kläger nicht eingeschlagen.

Jedes andere Mittel, einen abgelegten Haupteid wieder zu beseitigen, erscheint aber ausgeschlossen. Denn der Schiedseid hat nicht lediglich die Natur eines Beweismittels, sondern er enthält auch zugleich eine Verfügung über die Streitsache. Dieses ergibt sich bestimmt aus der Vorschrift des § 203 AGO, wonach nur jene Partei, welche die Streitsache zu vergleichen berechtigt wäre, zur Auftragung des Haupteides befugt erscheint, ein Erforderniss, welches für kein anderes Beweismittel vorgeschrieben ist. Ist also ein Haupteid aufgetragen, vom Richter zugelassen und von der Partei abgelegt worden, so ist die Streitsache nicht lediglich durch richterlichen Spruch entschieden, sondern sie ist zugleich nach Art eines gerichtlichen Vergleiches festgestellt und es müssen also auf ein derartiges Rechtsverhältniss die Bestimmungen, welche für jeden Vergleich gelten, zur Anwendung kommen.

Da nun nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 1387 ABG die Entkräftung eines redlich eingegangenen Vergleiches durch neu aufgefundene Behelfe selbst dann ausgeschlossen erscheint, wenn sie auch den gänzlichen Mangel eines Rechtes auf Seite einer Partei entdeckten, so folgt hieraus zweifellos, dass auch ein durch die Ablegung eines Haupt-

eides geschaffenes Rechtsverhältniss nur dann angefochten werden könne, wenn nachgewiesen wird, dass der Schiedseid wissentlich falsch abgelegt wurde, indem nur dann das bezügliche Rechtsverhältniss die Natur eines redlich eingegangenen Vergleiches nicht an sich trägt.

Die vorstehenden Erwägungen wurden zwar vom Beklagten in der Verhandlung nicht geltend gemacht. Dieses kann aber nicht hindern, auf dieselben Rücksicht zu nehmen, weil es sich vorliegend nicht um eine eigentliche Einrede, sondern um die Frage handelt, ob das Begehren des Klägers im Gesetze begründet sei, und diese Frage erwogen und entschieden werden muss, nachdem der Beklagte die Zulässigkeit dieses Begehrens überhaupt bestritten hat.

Der OGH hat das erstrichterliche U. wieder hergestellt.

Gründe:

Der Ansicht des OLG, dass gegen ein bedingtes U. nach erfolgter Ablegung des sententionirten Haupteides die Restitution ob nova unstatthaft sei, kann nicht beigetreten werden.

Aus dem Inhalte des Hofd. vom 23. Juli 1789, JGS Nr. 1038, lässt sich durchaus nicht die Schlussfolgerung ziehen, dass die Zulässigkeit der Wiedereinzetzung wegen neu aufgefundener Behelfe auf den Fall beschränkt sei, dass die Ablegung des Haupteides in der gesetzmässigen Frist unterblieben wäre. Wie der Eingang des Hofd. vom 14. Juni 1784, JGS Nr. 306, lit. ff, welches eben durch das früher citirte Hofd. aufgehoben wurde, klar zeigt, gab zur Anfrage nur der Zweifel Anlass, ob auch in jenen Fällen, wo wegen unterlassener Abschwörung des Haupteides oder des zurückgeschobenen Eides ein Factum nach dem Ausdrucke des Gesetzes für wahr zu halten ist, wo also die Durchführung des zugelassenen Beweises durch Haupteid nicht stattgefunden hat, die im § 210 AGO daran geknüpfte Rechtsfolge so unerschütterbar sei, dass auch dawider die Einsetzung in den vorigen Stand nicht stattfinden könne. Nur dieser Zweifel wurde durch die gedachten zwei Hofd. (allerdings durch jedes derselben in entgegengesetztem Sinne) gelöst, während die Frage, was, im Falle der Haupteid wirklich abgelegt, eine bestrittene Thatsache also durch die schwurpflichtige Partei eidlich verneint oder beziehungsweise bejaht wurde, in Ansehung der Wiedereinsetzung zu gelten habe, gar nicht den Gegenstand der Anfrage gebildet hat, somit auch in den gedachten Hofd. keine Erledigung finden konnte. Ebensowenig wird durch die Bestimmung des § 234 AGO die Frage der Zulässigkeit der Wiedereinsetzung berührt, und wäre auch überhaupt kein Grund vorhanden, dieser nicht blos den Haupteid, sondern jede Art von Eiden betreffenden Bestimmung in Ansehung des Haupteides eine besondere Auslegung zu geben. Uebrigens hat das OLG auch ganz irrthümlich angenommen, dass der Kläger im vorliegenden Falle den Strafrechtsweg nicht betreten habe.

Aber auch von einer Anwendbarkeit des § 1387 ABG kann hier nicht die Rede sein. Die Auffassung des OLG, dass in dem Falle, als ein Haupteid aufgetragen, vom Richter zugelassen und von der Partei abgelegt worden, die Streitsache nicht lediglich durch richterlichen Spruch entschieden, sondern zugleich nach Art eines gerichtlichen Vergleiches festgestellt sei, ist nicht richtig. Nach österreichischem Recht wird der Haupteid nicht über das streitige Rechtsverhältniss, sondern über im Processe vorgebrachte und bestrittene thatsächliche Parteibehauptungen angetragen, zugelassen und abgelegt, derselbe enthält daher keinerlei E. über das streitige Rechtsverhältniss, sondern bildet nur eine Quelle der Wahrheitserkenntniss für den erkennenden Richter, welchem allein zusteht, nicht blos die Zulässigkeit des angetragenen Haupteides zu beurtheilen, sondern auch die rechtlichen Folgerungen aus der Thatsachenfeststellung, welche der Eid bezweckt, zu ziehen. Der Haupteid ist daher nach österreichischem Recht ausschliesslich ein Beweismittel in der Hand des Richters, nicht aber ein Transactionsmittel der Parteien; und wenn im § 203 AGO die Berechtigung zur Auftragung des Haupteides von der Befugniss, die Streitsache zu vergleichen, abhängig gemacht wird, so erklärt sich dies hinlänglich dadurch, dass in der Auftragung des Haupteides jedenfalls eine bedingte Rechtsbegebung gelegen ist, welche nothwendig die entsprechende Dispositionsfähigkeit des Deferenten zur Voraussetzung hat. Die oberlandesgerichtliche Auffassung würde nur für den Fall zutreffen, wenn die Streittheile im Sinne des § 23 des Hofd. vom 24. October 1845, JGS Nr. 906, einen bedingten Vergleich geschlossen, nämlich den Processausgang von dem Erfolge einer durch beiderseitiges Einverständniss festgesetzten Eidesleistung abhängig gemacht hätten; um einen solchen Fall handelt es sich aber vorliegend nicht.

2827.

Die Unterlassung der Verständigung eines nach Bewilligung, jedoch vor Vollzug der Feilbietung hinzugekommenen Pfandgläubigers begründet keineswegs die Nichtigkeit der Feilbietung.

E. v. 28. Juni 1892, Z. 7638. — (GH 43 ex 92, Seite 362.)

I. BG Polna.
II. OLG Prag.

Gegen den Vollzug der executiven Feilbietung der dem B gehörigen, im Pfändungsprotocolle verzeichneten und geschätzten Effecten hat der nach der Bewilligung, aber vor dem Vollzuge der Feilbietung neu hinzugekommene Pfandgläubiger die Nullitätsbeschwerde deshalb überreicht, weil er von der angeordneten Feilbietung nicht verständigt wurde.

Die II. J. hat diese Nullitätsbeschwerde verworfen, weil, wenn es auch dem BG oblag, die nach der Bewilligung, aber vor dem Vollzuge

der Feibietung neu hinzugekommenen Pfandgläubiger, darunter auch den Nullitätswerber von der angeordneten Feilbietung zu verständigen, der Vollzug derselben wegen Unterlassung dieser Verständigung dennoch nicht als nichtig erklärt werden kann, wenn erwogen wird, dass die feilgebotenen Gegenstände den Ersteigern derselben sofort übergeben wurden, und diese an ihnen ein nach § 367 ABG unanfechtbares Eigenthum erlangt haben.

Dem a. o. Revisionsrecurse des A hat der OGH bei Abgang der Voraussetzungen des Hofd. vom 15. Februar 1833, JGS Nr. 2593, keine Folge zu geben befunden, zumal es mit Rücksicht auf die den redlichen Erwerber einer in öffentlicher Versteigerung erstandenen beweglichen Sache schützende Bestimmung des § 367 ABG nicht zulässig erscheint, einen in gesetzlicher Form vollzogenen Feilbietungsact aufzuheben und den Ersteher zur Rückstellung der erstandenen Sache anzuhalten.

2828.

Die Canaleinmündungsgebühr hat den Charakter einer öffentlichen Abgabe und ist bei Vertheilung des executiven Meistbotes als Vorzugspost einzureihen.

E. v. 28. Juni 1892, Z. 7877. — (GH 44 ex 92, Seite 373.)
I. BG Unter-Meidling.
II. OLG Wien.

Die I. J. hat gelegentlich der Vertheilung des Meistbotes für das executiv versteigerte Haus Nr. C. 720 in Unter-Meidling die von der n. ö. Finanzprocuratur im Einvernehmen mit der Commune Wien angemeldete Canaleinmündungsgebühr pro 1889 — 1890 per 179·49 fl. als Vorzugspost zugewiesen, und zwar mit der Begründung, dass die Bezahlung dieser Gebühr laut des vorgewiesenen vom Executen gefertigten Commissionsprotocolles vom 7. Mai 1890, Z. 10639, als Bedingung des Benützungsconsenses für obige Realität aufgenommen wurde, und dieser Umstand laut der Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 28. Jänner 1886, Z. 3147 und vom 3. April 1891, Z. 646, diese Verpflichtung zu einer öffentlich rechtlichen erhebt, welche auf dem Objecte haftet, und dass auch der OGH mit Beschluss vom 17. November 1891, Z. 13401, entschieden hat, dass eine Gebühr, auf deren Höhe die Parteien keinen bestimmenden Einfluss haben, als öffentliche Abgaben, und zwar als Concurrenzbeiträge zu behandeln sind, wenn dieselben auch nicht nach Massgabe der directen Steuern umgelegt werden.

Dem Recurse eines Tabulargläubigers hat die II. J. stattgegeben und das von der n. ö. Finanzprocuratur im Einvernehmen mit der Commune Wien gestellte Begehren um Zuweisung der erwähnten Canaleinmündungsgebühr als Vorzugspost abgewiesen, weil nach dem Hofd. vom 4. Jänner 1836, JGS Nr. 113, nur den Concurrenzbeiträgen ein gleiches Vorzugs-

recht wie den landesfürstlichen Steuern eingeräumt worden ist, und unter diesen Concurrenzbeiträgen nur jene zu verstehen sind, welche nach Massgabe der Besteuerung auf die einzelnen Concurrenzpflichtigen, nämlich auf den Steuergulden umgelegt erscheinen, dagegen die obige Canaleinmündungsgebühr in Gemässheit der Kundmachung des Statthalters im Erzherzogthume Oesterreich unter der Enns vom 5. Mai 1888, Z. 25060, LGB Nr. 35, nach der Frontlänge der Realität bemessen wird und bei deren Bemessung nicht der Massstab der Besteuerung der von der diesbezüglichen Gemeindeumlage betroffenen Gemeindeglieder zu Grunde gelegt wird, und daher auch der Canaleinmündungsgebühr nicht ein gleiches Vorrecht wie den landesfürstlichen Steuern zukommt.

Dem Revisionsrecurse der n. ö. Finanzprocuratur noe. der Commune Wien hat der OGH Folge zu geben und die erstrichterliche Zuweisung der fraglichen Canaleinmündungsgebühr zu bestätigen befunden; dies in der Erwägung, dass die gedachte Gebühr sich als eine öffentliche Abgabe darstellt, dass dieser Abgabe im Sinne des § 31 CO ein Vorzugsrecht zusteht, und dass die Art der Umlegung dieser Abgabe auf die Lösung der Frage, ob der Abgabe ein Vorzugsrecht zustehe, keinen Einfluss zu üben geeignet erscheint.

2829.

Der unter Berufung auf die Erhebung von Ansprüchen seitens Dritter erfolgte gerichtliche Erlag des Wechsels befreit den Wechselinhaber nicht von der Verpflichtung zur Auslieferung des quittirten Wechsels an denjenigen Wechselschuldner, welcher die Zahlung wirklich geleistet hat.

E. v. 30. Juni 1892, Z. 7078. -*- (JB 47 ex 92, Seite 564.)

Die CM B stellte das Begehren: Die Geklagte E sei schuldig, der CM B die zwei Wechsel ddto. 15. August 1890, fällig am 15. December 1890, per je 7500 fl., beide quittirt zu Handen des Masseverwalters Dr. P. binnen drei Tagen bei sonstiger Execution auszuliefern.

Die I. J. wies die Klage zur Gänze ab.

Die II. J. hat dem Klagebegehren vollinhaltlich stattgegeben.

Gründe:

Die Geklagte gibt zu, dass die beiden von B an sie girirten Accepte der Firma K. bereits vor Ueberreichung der Klage durch Deckungsfonds aus dem Vermögen des B und beziehungsweise seiner Masse bezahlt waren, und dass die Geklagte daher in Gemässheit des Art. 48 WO verpflichtet war, die quittirten Wechsel an die klägerische CM auszuliefern. Da sie dies nicht gethan, sondern unter Berufung auf § 1425 ABG die beiden Accepte zu Gerichtshanden erlegt hat, so hängt die E. des vorliegenden

Rechtsstrittes lediglich von der Frage ab, ob der Erlag rechtmässig geschehen und sohin geeignet ist, den Verpflichteten von seiner Verbindlichkeit zu befreien. Nach § 1425 ABG steht dem Schuldner bevor, die abzutragende Sache bei dem Gerichte zu hinterlegen, wenn die Schuld aus dem Grunde, weil der Gläubiger unbekannt, abwesend oder mit dem Angebotenen unzufrieden ist, oder aus anderen wichtigen Gründen nicht bezahlt werden kann; es wird also die physische oder rechtliche Unmöglichkeit der Erfüllung der Verbindlichkeit zu Handen der Berechtigten vorausgesetzt. Der einzige und ausschliessliche Zweck dieser gesetzlichen Bestimmung besteht darin, den Verpflichteten vor den nachtheiligen Folgen der mora solvendi in jenen Fällen zu befreien, wo sich der rechtzeitigen Erfüllung der Verbindlichkeit ein physisches oder rechtliches Hinderniss entgegenstellt, wo die Person des Berechtigten entweder nicht erreichbar oder zur Erfüllungszeit nicht sofort feststellbar ist. Nur die Nothwendigkeit, sich selbst vor Rechtsnachtheilen zu schützen, nicht aber die Absicht, dritten Personen einen Vortheil zuzuwenden, rechtfertigt die Anwendung des § 1425 ABG. Im vorliegenden Falle nun hat die Geklagte selbst die Deckung der Wechselsummen aus dem bei ihr erliegenden, der B.'schen CM gehörigen Deckungfonde vorgenommen; sie hat daher genau gewusst, dass die Klägerin als Zahlerin der Wechselsumme erscheint und dass sohin nach Art. 48 WO diese allein berechtigt ist, die Auslieferung der Accepte zu verlangen, was sie auch gethan hat. Es stand demnach der Erfüllung jener Verbindlichkeit gar kein physisches oder rechtliches Hinderniss entgegen. Der Umstand, dass die Firma K. mit Schreiben vom 23. Mai 1891 die Geklagte verständigte, dass die Klägerin aus jenen Accepten keinen Anspruch mehr gegen den Acceptanten habe und dieser Verständigung eine Drohung beifügte, hat gar keine rechtliche Bedeutung, weil hieraus nichts Anderes folgt, als dass der Acceptant einem allfällig geltend zu machenden Regressanspruche der CM Einwendungen entgegensetzen zu können glaubt. Hiedurch kann aber an der Verpflichtung der Geklagten zur Auslieferung der bezahlten Wechsel an den zweifellos festgestellten Zahler nichts geändert werden. Wenn demnach die Geklagte in Folge jenes Schreibens die Wechsel zu Gerichtshanden erlegte, so hat sie hierbei nicht in der Nothwendigkeit, sich vor Rechtsnachtheilen zu schützen, sondern evident in der Absicht gehandelt, der Firma K. einen Vortheil zuzuwenden, wozu sie nicht berufen und umsoweniger berechtigt war, als damit ein aufliegender Nachtheil für die Klägerin verknüpft war. Die Geklagte hat sich an die Stelle des Richters gesetzt, indem sie anstatt der Firma K. die Erwirkung der gerichtlichen Sequestration jener Wechsel zu überlassen und eine diesbezügliche richterliche Verfügung abzuwarten, diese Sequestration gleich selbst und eigenmächtig vornahm. Wenn es gestattet wäre, die rechtzeitige und dem Gesetze entsprechende Erfüllung einer Verbindlichkeit wegen der Einsprache eines beliebigen

Dritten zu verweigern, so würde dies eine schwere Schädigung des Geschäfts- und Hnndelsverkehrs involviren. Insbesondere aber der Wechselverkehr mit der vorausgesetzten Möglichkeit des raschen Eingreifens und mit seinen kurzen Verjährungsfristen würde nahezu unmöglich werden. Thatsächlich sind auch schon die Regressansprüche gegen die Aussteller (Art. 79 WO) dermalen verjährt und es ist nur eine Eigenthümlichkeit des vorliegenden Falles, dass die Person des Indossanten und des Ausstellers identisch sein dürfte. Die Berufung der Geklagten auf den § 348 ABG erscheint ganz verfehlt, da gerade nach dieser Gesetzesstelle die Geklagte, welche jene beiden Wechsel nach deren Einlösung nur mehr im Namen der einlösenden CM innehatte, verpflichtet war, die Wechsel der Klägerin auszuliefern und daher von dem Rechte des gerichtlichen Erlages keinen Gebrauch machen durfte. Die gerichtliche Hinterlegung der Wechsel erscheint demnach nicht gerechtfertigt, weshalb nach dem Klagebegehren zu erkennen war.

Der OGH bestätigte diese E.

Gründe:

Die Masse fordert von der geklagten Bank die Auslieferung zweier, im Begehren näher bezeichneter Accepte à 7500 fl., mit dem pour acquit der Bank versehen. Durch beiderseitiges Zugeständniss ist gemäss § 106 AGO erwiesen, dass die fraglichen zwei Wechsel ddto. 15. August 1890, fällig 15. December 1890, von der Firma K. acceptirt, von A. B. an die Ordre S. B. ausgestellt, am 13. September 1890 der belangten Bank in Escompte gegeben und von S. B. an selbe girirt wurden. Die belangte Bank gesteht in der Einrede ausdrücklich zu, dass die fraglichen Wechsel zur Verfallszeit eingelöst und durch Deckungsfonds aus dem Vermögen der nunmehrigen CM B. bezahlt sind. Ist dies der Fall, so war die belangte Bank als Wechselinhaberin nach Art. 39 und 48 WO verpflichtet, Demjenigen der mehreren wechselrechtlich Verpflichteten den quittirten Wechsel auszufolgen, der ihr die verschriebene Wechselsumme wieder erstattet hat, und ist es hierbei ganz gleichgiltig, ob die Zahlung unmittelbar oder aber in der Art geleistet wurde, dass sich die belangte Bank aus dem ihr vom Giranten gegebenen Deckungsfonde zahlhaft gemacht hat. Von dieser ihrer Pflicht war die belangte Bank weder durch die vom Acceptanten im Briefe vom 23. Mai 1891 eingeleitete Verwahrung gegen die Ausfolgung der Wechsel, noch dadurch entbunden, dass ihr vom Acceptanten die Präsentationsrubrik, nach welcher derselbe gegen die klägerische CM Rückforderungsansprüche bezüglich der fraglichen Wechsel geltend machte, behändigt wurde, weil das Rechtsverhältniss zwischen dem Acceptanten und dem Aussteller des Wechsels nach Art. 82 WO ihre Rechte und Pflichten nicht beeinflussen kann und sie es dem Acceptanten überlassen musste, seine Einwendungen gegen den Aussteller für den Fall

geltend zu machen, dass letzterer die in Art. 82 WO gegründete Zahlungspflicht gegen ihn (den Acceptanten) geltend machen wollte. Ebensowenig hat der Erlag der beiden Accepte zu Gericht die geklagte Bank von der nunmehr eingeklagten Verpflichtung befreit, weil überhaupt nach § 1425 ABG ein gerichtlicher Erlag nur dann von der Verpflichtung befreit, wenn derselbe rechtsmässig geschehen ist.

2830.

Im Summarverfahren ist dem Contumazbegehren des allein erschienenen Klägers selbst dann stattzugeben, wenn derselbe neue Repliksangaben gemacht hat.

E. v. 30. Juni 1892, Z. 7442. — (GH 34 ex 92, Seite 292.)
I. KG a. HG Pilsen.
II. OLG Prag.

Bei der über die Summarklage des Friedrich Sch. gegen R auf Zahlung von 228·87 fl. angeordneten Tagfahrt hat der Geklagte die in der Klage ohne Beweis angeführten Thatumstände widersprochen, worauf die Tagfahrt verlegt wurde.

Zu der zweiten Tagfahrt ist der Geklagte nicht erschienen. Der Vertreter des Klägers führte neue Umstände zur Begründung des Klagsanspruches an und bat um Fällung des U. ob contumaciam.

Dieses Contumazbegehren hat die I. J. abgewiesen und eine neuerliche Tagfahrt zur Fortsetzung der Verhandlung angeordnet, dies mit der Begründung, dass Kläger in der Replik zur Begründung seines Anspruches gegen den Geklagten erhebliche neue Thatsachen, die nicht schon in der Klage behauptet wurden, geltend gemacht habe und dem Geklagten Gelegenheit gegeben werden muss, sich über diese Behauptungen zu äussern.

Die II. J. hat über den Recurs des Friedrich Sch. diesen B. zu beheben und der I. J. zu verordnen befunden, nach Rechtskraft der obergerichtlichen E. in die meritale E. einzugehen und hiebei auch über die Kosten des Recurses zu entscheiden, „weil, im Falle als der Belangte oder der Kläger bei der Tagfahrt nicht erscheint, das Gericht nach der Vorschrift des § 18 des Hofd. vom 14. October 1845, JGS Nr. 906, vorzugehen hat, vorliegend also, wo die Tagsatzung zur Erstattung der Replik angeordnet war, auch die für den Fall des Ausbleibens des Geklagten, beziehungsweise für die Beurtheilung der von dem erschienenen Theile bei der Tagsatzung vorgebrachten Thatsachen gegebene Vorschrift analog anzuwenden kommt, und weil bei dem Umstande, als in der Sache selbst bisher nicht entschieden wurde, der Abspruch über die Recurskosten dem ersten Richter bei E. in der Sache selbst vorzubehalten ist".

Der OGH hat diese E. bestätigt, weil im Falle als der Kläger oder Geklagte bei der Tagfahrt nicht erscheint, das Gericht nach § 18 Justiz-

Hofd. vom 24. October 1845, JGS Nr. 906, vorzugehen hat, und zwar ohne Unterschied, in welchem Stadium der Processverhandlung das Contumazbegehren gestellt worden war.

2831.

Kostenzuspruch für den Fall der nachträglichen Zulassung des Paupertätseides.

E. v. 30. Juni 1892, Z. 7783. — (GH 3 ex 93, Seite 24.)

Die Klägerin A wurde in ihrem Rechtsstritte mit B wegen Bezahlung von 181·50 fl. rechtskräftig zum Erlage einer Klagscaution per 40 fl. angewiesen. Ueber Gesuch der A wurde der Auftrag wegen Erlag der Klagscaution nach Anhörung des Gegentheiles dahin geändert, dass sie entweder die Klagscaution per 40 fl. zu Gerichte zu erlegen oder den Eid dahin abzulegen habe, dass sie in ihrem obbezeichneten Stritte die baare Caution per 40 fl. nicht beschaffen könne.

Unter Einem wurde die Tagfahrt zur Ablegung des Paupertätseides angeordnet und wegen der Kosten des Zwischenstrittes die nachstehende E. gefällt: Legt A den Eid bei der hiezu angeordneten Tagfahrt nicht ab, hat sie dem B binnen 14 Tagen von dem Tagfahrtstage gerechnet die Kosten per 2·51 fl. zu ersetzen; legt A den Eid ab, hat ihr B die Kosten per 6·52 fl. binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Das OLG hat die gegen die Zulassung des Paupertätseides gerichtete Beschwerde abgewiesen, den Ausspruch über die Kosten jedoch dahin abgeändert, dass die A die Kosten des Zwischenstrittes per 2·51 fl. dem B jedenfalls binnen 14 Tagen zu ersetzen und die Kosten der Beschwerde zu bezahlen habe; denn die Klägerin hat in ihrer Klage eine annehmliche Sicherheit für die Gerichtsunkosten dem Geklagten nicht angeboten, sich auch zum Paupertätseide nicht erboten und ist gemäss § 406 AGO gehalten, die Kosten des Zwischenstrittes, der in Folge dieser ihrer Unterlassung entstanden ist, dem Geklagten zu ersetzen, während der Geklagte, der einzig von seinem processualen Rechte Gebrauch gemacht, zu einem derartigen Ersatze nicht verhalten werden kann.

Der erstrichterliche B. ist sohin in dem Kostenpunkte, den er von der Ablegung oder Nichtablegung des Paupertätseides abhängig gemacht, unrichtig, zumal der Paupertätseid kein Haupteid, vielmehr selbst Gegenstand des Zwischenstrittes ist.

Im Uebrigen wurde aber die Beschwerde des B abgewiesen, weil auch nach der rechtskräftigen E. über den Erlag einer bestimmten Caution der Paupertätseid zulässig ist, weil sich die materiellen Verhältnisse der Klägerin inzwischen geändert haben konnten, und die Klägerin wegen eines derartigen Unfalles nicht für immer ausgeschlossen werden kann, ihren Anspruch im Wege Rechtens geltend zu machen.

Ueber Revisionsrecurs der A hat der OGH die E. I. J. hergestellt; denn in dem abgeführten Zwischenstritte hat die Klägerin obgesiegt, da ihrem Gesuche trotz des als unbegründet erkannten Protestes des Geklagten stattgegeben und sie zur Ablegung des Paupertätseides zugelassen wurde.

Hienach waren ihr nach § 401 AGO und § 24 der Proc.-Nov., die Kosten des Zwischenstrittes unbedingt zuzuerkennen.

Nachdem aber nach § 51 des Hofd. vom 24. October 1845, JGS Z. 906, der Gerichtshof die E. der unteren Instanzen in diesem Sinne zum Nachtheil des Geklagten nicht abändern kann, da er in der I. J. den bedingten, in der II. J. den unbedingten Kostenzuspruch für sich hat, erübrigte nichts Anderes, als die wenn auch unrichtige, erstrichterliche Verordnung wieder herzustellen.

2832.

Das Kostenverzeichniss ist stets der letzten Schrift, im Rechtsmittelverfahren II. J. also der Appellations-Einrede beizuschliessen.

E. v. 2. Juli 1892, Z. 7090. — (GH 13 ex 93, Seite 112.)

In der im o. mündlichen Verfahren durchgeführten Rechtssache, puncto Servitutsfreiheit, haben die Geklagten eine Appellationseinrede mit dem ausdrücklichen Begehren um Anordnung einer Tagsatzung zur Inrotulirung der Appellationsacten durch ihren ausserhalb des Ortes des Gerichtes I. J. domicilirenden Rechtsfreund erstattet und in dieser Voraussetzung die Kosten der Appellationseinrede in diese nicht eingesetzt.

Die I. J. sendete sohin mit Umgehung dieses Begehrens und, ohne die Kläger zu verständigen, die Appellationsacten an die II. J. ein. Diese bestätigte das zu Gunsten der Geklagten erflossene U. I. J. und führte in den Urtheilsgründen aus, dass eine E. über die Kosten der Appellationseinrede nicht erfolgen konnte, weil weder ein Kostenverzeichniss gelegt, noch die Kosten verzeichnet wurden.

Es brachten sohin die Geklagten die Revisionsanmeldung und Beschwerde ein und führten hierin aus, dass das Begehren der Appellationseinrede in Gemässheit der Bestimmung des § 256 AGO, nach welcher in Fällen des geschehenen mündlichen Verfahrens die Appellationsacten gehörig zu inrotuliren seien, gestellt wurde, dass dieser Anordnung nicht das Hofd. vom 23. Juli 1792, JGS Nr. 34, nach welchem die gewechselten Appellationsacten von dem Gerichte selbst zu inrotuliren sind, entgegenstehe, dass die Geklagten erwarten mussten, dass in Stattgebung des Begehrens in der Appellationseinrede eine Tagsatzung zur Inrotulirung der Acten angeordnet werde, vor welcher sie dann unter gleichzeitiger Uebersendung der Appellationsacten, des Actenrotulus und des Kostenverzeichnisses das Gesuch um amtswegige Inrotulirung gestellt hätten, und sie

demnach des vorzeitigen Anschlusses des Kostenverzeichnisses bei Uebersendung der Appellationseinrede nicht bedurften, dass in jedem Falle das Begehren um Anordnung einer Inrotulirungstagsatzung eine E. hätte finden sollen, wodurch selbst bei einer Abweisung obigen Begehrens den Geklagten die Möglichkeit der rechtzeitigen Vorlage des Kostenverzeichnisses gewahrt worden wäre, was bei der ohne jede Verständigung erfolgten Actenübersendung an die II. J. nicht geschehen konnte, dass bei dem Umstande, als in der Appellationseinrede ausdrücklich das Begehren um Zuspruch der Kosten der Appellationseinrede gestellt wurde, aus dem Nichtanschlusse des Kostenverzeichnisses schon bei Uebersendung der Appellationseinrede kein Verzicht auf diese Kosten abgeleitet werden könne, dass es nicht als ein Vermeiden im Sinne des Decretes des OGH vom 1. Mai 1866, Z. 2717, aufgefasst werden könne, wenn ohne Rücksichtnahme auf das ausdrückliche Begehren in der Appellationseinrede, und ohne weitere Verständigung die Acten an das OLG eingesendet werden, dieses Vermeiden einer Inrotulirung vielmehr nur dann möglich sei, wenn auch die Parteien hiemit einverstanden sind, und dass die Geklagten nicht voraussehen konnten, ob die I. J. die Möglichkeit des Vermeidens trotz eines entgegenstehenden Begehrens als vorhanden annehmen wird etc.

Der OGH hat jedoch obige Revision zurückzuweisen befunden, dies in der Erwägung, dass es bei dem Umstande, als in den dem obergerichtlichen Urtheilsspruche unmittelbar angefügten Gründen gesagt ist, dass eine E. über die Kosten der Appellationseinrede nicht erfolge, weil weder ein Kostenverzeichniss gelegt wurde, noch die Kosten verzeichnet worden sind, nicht als ein Mangel des U. in der Richtung erkannt werden kann, dass dasselbe in seinem dispositiven Theile nicht einen Ausspruch betreffend eines Appellationseinrede-Kostenersatzes enthalte, dass auch daraus, dass über die von den Geklagten durch ihren nicht im Gerichtsorte domicilirenden Rechtsfreund erstattete Appellationseinrede eine Tagfahrt zur Inrotulirung der Acten II. J. nicht anberaumt wurde, und dass die Geklagten zur nachträglichen Beibringung des Verzeichnisses ihrer Appellationseinredekosten nicht aufgefordert worden sind, eine Nullität des obergerichtlichen U. nicht abgeleitet werden kann, indem nach Hofd. vom 23. Juli 1792, JGS Nr. 34, in allen Fällen, wo nicht ein ausdrücklich entgengesetztes Verlangen der Parteien selbst vorliegt, bei der Inrotulirung der Appellationsschriften bei vorausgegangenem mündlichen Verfahren, ebenso von den Gerichten I. J. vorzugehen ist, wie es in Fällen des vorausgegangenen schriftlichen Verfahrens durch das Hofd. vom 20. Februar 1784, JGS Nr. 244, geordnet ist, und, indem nach § 424 AGO jeder Advocat bei Ueberreichung der letzten Schrift, und diese ist im Rechtsmittelverfahren II. J. die Appellationseinrede, seine Gebühren zu verzeichnen und dieses Verzeichniss der Schrift beizulegen hat,

in der Erwägung daher, dass bei Schöpfung des oberlandesgerichtlichen U. eine Nullität, welche zur Cassirung des U. berechtigen würde, nicht unterlaufen ist, dass auch sonst in dem in Beschwerde gezogenen obergerichtlichen U. eine Gesetz- oder Actenwidrigkeit, welche eine Abänderung dieses Urtheiles im angefochtenen Punkte nachziehen könnte, nicht zu erblicken war, und dass es an jedem gesetzlichen Anhaltspunkte fehlt, um dem von den Geklagten, beziehungsweise ihrem Rechtsfreunde gestellten Eventualbegehren gemäss ohne Zustimmung der Kläger noch nachhinein mit einem Zuspruche der mit der Revisionsbeschwerde verzeichneten Appellationseinredekosten vorzugehen, respective solches dem OLG zu verordnen, oder ihnen die nachträgliche Liquidirung ihrer Appellationskosten vorzubehalten.

2833.

Der Eintritt des Schadenfalles begründet nicht nothwendigerweise die Auflösung des Assecuranzvertrages.

E. v. 5. Juli 1892, Z. 7581. — (JMB 795 ex 92, Seite 133.)

Die Geklagte B hat ihre Gebäude, sowie die Feld- und Wiesenfrüchte bei der Versicherungsanstalt A auf die Dauer von 10 Jahren vom 30. Juli 1888 angefangen gegen eine wegen der Länge der Vertragsdauer um 20 Percent ermässigte Jahresprämie von 25·14 fl. wider Feuerschaden versichert und in Folge des am 18. September 1888 eingetretenen Brandschadens von der A eine Entschädigung von 2220 fl. am 29. November 1888 ausbezahlt erhalten. In den über den Empfang der Entschädigung ausgestellten Quittungen hat B sich jedes weiteren Anspruches gegen die Versicherungsgesellschaft A hinsichtlich dieses Schadenfalles begeben und sodann die wörtliche Erklärung beigefügt, „dass gleichzeitig die betreffende Police als derzeit erloschen erst am 30. Juli 1889 wieder in Kraft und Giltigkeit treten soll und wird“.

A verlangt nun auf Grund dieser Erklärung die Zahlung der am 30. Juli 1889 angeblich fälligen Prämie per 25·14 fl.

Die I. J. hat dem Klagebegehren Folge gegeben, indem dieselbe die Rechtsgiltigkeit des Versicherungsvertrages mit der Motivirung annahm, dass die Erklärung der B auf den fraglichen Quittungen als eine Willenseinigung auf einen am 30. Juli 1889 beginnenden Versicherungsvertrag unter den in den angeführten Policen enthaltenen Bedingungen angesehen werden müsse.

Das OLG hat in Stattgebung der Appellation der Geklagten die Klage abgewiesen.

Gründe:

In den fraglichen Quittungen werden die Policen, welche den früheren Versicherungsvertrag enthalten, ausdrücklich als erloschen erklärt, und

sind dieselben auch naturgemäss als erloschen zu betrachten, weil die mit denselben versicherten Gebäude und Fahrnisse durch Brand zugrunde gegangen und die später erbauten neuen Gebäude zur Zeit der Ausstellung der Quittungen noch gar nicht existirten. Daraus folgt, dass die früheren Policen überhaupt nicht mehr aufleben konnten; denn nach §§ 1288 und 1289 ABG gehört zum Wesen des Versicherungsvertrages ein der Versicherung unterliegendes Object, und bildet bei Versicherungsverträgen der in Frage stehenden Art die Beschreibung und Beschaffenheit der zu versichernden Gegenstände die Grundlage zur Bemessung des in Aussicht gestellten Schadenersatzes und der vom Versicherten zu entrichtenden Prämie.

Wo aber das zu versichernde Object fehlt, kann auch von einer Pflicht zum Schadenersatze keine Rede sein, eine Erklärung, wie jene in G und H hätte dann die Folge, dass lediglich dem Versicherten die Verpflichtung zur Prämienzahlung obliegen, dagegen eine hinreichende Grundlage fehlen würde, im Falle eines Brandes an später entstandenen Objecten die Versicherungsgesellschaft zum Schadenersatze zu verhalten. Nachdem aber zweiseitig verbindliche Verträge beiderseitige Rechte und Pflichten begründen sollen, so kann in dem fraglichen Passus der Quittungen G und H ad III schon aus diesem Grunde eine vertragsmässige Vereinbarung im Sinne der Klägerin nicht erkannt werden, man könnte darin höchstens eine Vereinbarung auf einen später über die neuen Objecte abzuschliessenden Vertrag erblicken, zu dem es aber, unbestritten, nicht gekommen ist.

Der OGH hat der klägerischen Revisionsbeschwerde Folge gegeben und das erstrichterliche U. wieder hergestellt.

Gründe:

Zufolge der gemeindeämtlichen Bestätigung vom 27. December 1889 hat die Beklagte die im September 1888 abgebrannten Gebäude wieder aufgebaut. Mit Rücksicht auf diesen Thatumstand kann nun die Erklärung der Beklagten, welche die klagende Gesellschaft, Beweis ihrer gegenwärtigen Klage, angenommen und genehmigt hat, nur dahin beurtheilt werden, dass damit kein neuer, sondern lediglich eine Abänderung des im Juli 1888 auf die Dauer von 10 Jahren geschlossenen Assecuranzvertrages pactirt wurde, und zwar eine Abänderung in der Richtung, dass derselbe für die Versicherungsperiode vom 30. Juli 1888 bis dahin 1889 als beiderseits erfüllt und für den Rest dieses Versicherungsjahres erloschen, dagegen für die Zeit vom 30. Juli 1889 angefangen wieder wirksam erklärt wird. Also nicht ein pactum de contrahendo, wie die Beklagte geltend macht, sondern ein sofort wirksamer Vertrag wurde contrahirt, durch welchen der Assecuranzvertrag vom Juli 1888, mit seiner Ausserkraftsetzung für die Zeitperiode vom 29. November 1888 bis 30. Juli

1889, in allen übrigen Bestimmungen aufrecht erhalten wurde. Die Beklagte bestreitet ferners, dass der Assecuranzvertrag fortbestehen oder erneuert werden konnte, weil die von ihr versicherten Gegenstände durch den Brand zerstört wurden, das Object, über welches der Vertrag abgeschlossen wurde, daher nicht mehr existire und über noch nicht vorhandene Objecte ein Versicherungsvertrag nicht geschlossen werden könne. Allein diese Auffassung ist nach keiner Richtung gesetzlich begründet. Was zunächst die Auflösung des Assecuranzvertrages durch den eingetretenen Schadenfall anbelangt, so hat dieselbe weder nach den allgemeinen Normen über den Versicherungsvertrag, noch nach den Bedingungen des zwischen den Streittheilen geschlossenen Assecuranzvertrages einzutreten.

In Ansehung der Feld- und Wiesenfrüchte hat der Eintritt des Schadenfalles die Auflösung des Vertrages zweifellos nicht bewirkt, weil dieselben ihrer Natur nach sich alljährlich erneuern, die jeweilige Jahresfechsung eben das Versicherungs-Object bildet, vermöge der Vertragsdauer die Möglichkeit eines wiederholten Eintrittes des Schadenfalles angenommen werden musste, und die Beschaffenheit des Ortes, an welchem die Früchte aufbewahrt wurden, nur die Entschädigungspflicht der Gesellschaft, nicht aber den Bestand des Vertrages selbst beeinflussen konnte. Die klägerische Gesellschaft hat von dem ihr nach § 17 der am Rücken der Police ersichtlichen Vertragsbedingungen für den Schadenfall vorbehaltenen Rechte, die Vertragsauflösung zu verlangen, keinen Gebrauch gemacht; für die Beklagte erscheint aber ein derartiges Recht nicht stipulirt.

Anbelangend die Gebäude, so gehören dieselben ihrer Natur nach allerdings zu den unvertretbaren Sachen, und musste demnach deren Untergang nach § 1447 ABG jede Verbindlichkeit beheben, also die Auflösung des Assecuranzvertrages bewirken. Allein durch Privatdisposition können auch ihrer Natur nach unvertretbare Sachen als vertretbar behandelt werden, indem die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend erklären, dass ihnen das Individuum als solches gleichgiltig sei und durch ein anderes derselben Gattung ersetzt werden könne. Und dieser Fall trifft vorliegend zu. Denn der oberwähnten Erklärung auf den Quittungen G und H ad III kann kein anderer Sinn beigelegt werden, als der, dass der Fortbestand des Assecuranzvertrages sich auf die von der Beklagten neu aufgebauten Gebäude zu beziehen habe, und diese an Stelle der abgebrannten Baulichkeiten das Versicherungsobject zu bilden haben; unbeschadet der speciellen Vertragsbedingung, dass die Beklagte zur Anzeige der eingetretenen Objectsänderung an die Gesellschaft verpflichtet war. Der Umstand, dass die neuen Gebäude zur Zeit dieser Erklärung noch nicht hergestellt, vielleicht der Aufbau derselben noch gar nicht in Angriff genommen war, verstösst nicht gegen das Wesen des Versicherungsvertrages, weil nicht blos eine schon vorhandene, sondern auch eine erst entstehende Werthsache gegen Schadengefahr versichert werden kann,

nach den §§ 1288 und 1289 ABG nicht gefordert wird, dass das Versicherungsobject zur Zeit der Abschliessung des Vertrages bereits existire und nach dem Sinne und Geiste des Gesetzes vielmehr jede schätzbare Sache, ohne Unterschied, ob sie bereits vorhanden ist oder erst in Existenz gelangen soll, den Gegenstand der Versicherung bilden kann.

2834.

Dem Exequenten fällt keine Besitzstörung zur Last, wenn beim Vollzuge einer ihm gerichtlich bewilligten Execution in den Besitz eines Dritten eingegriffen wird.

E. v. 5. Juli 1892, Z. 7990. — (GH 45 ex 92, Seite 382.)

I. st.-del. BG Eger.
II. OLG Prag.

Magdalena A. klagte die Firma B wegen Besitzstörung, weil über Ansuchen der Letzteren die im Besitze der Ersteren befindlichen Waaren als angeblich dem Albrecht A. gehörig executiv gepfändet und transferirt worden waren, ungeachtet Magdalena A. dagegen protestirte und erklärte, dass diese Waaren ihr selbst und nicht dem Albrecht A. gehören.

Die I. J. hat die Klägerin mit ihrem Begehren zur Gänze abgewiesen mit folgender

Begründung:

Der geklagten Firma waren gegen Albrecht A. wegen dessen Schuld von 109 fl. jene Executionsacte bewilligt worden, die nur über diesfälligen gerichtlichen Auftrag von dem Amtsdiener in Vollzug gesetzt wurden. Der sich beschwert erachtenden Klägerin stand dagegen das im Hofd. vom 29. Mai 1845, JGS Nr. 889, normirte Rechtsmittel offen, von welchem sie auch Gebrauch gemacht hat. Eine Besitzstörung aber, begangen von der Beklagten, in diesem Executionsvollzuge erblicken zu wollen, ist irrig. Im Sinne des § 339 ABG kann eine Besitzstörung nur Demjenigen zur Last gelegt werden, der den Besitz „eigenmächtig“ selbst stört, oder durch einen Dritten eigenmächtig stören lässt, also durch eine von ihm selbst ausgehende, den Besitz aufhebende oder beschränkende, illegale Handlung. Diese Voraussetzung fehlt im vorliegenden Falle, weil jener Act, der als Besitzstörung bezeichnet wird, kein von der Geklagten, sondern von dem zuständigen Gerichte gesetzter war, und daher die „Eigenmächtigkeit“ des Exequenten abgeht. Die Frage nach dem Eigenthumsrechte an den gepfändeten und transferirten Sachen kommt hier nicht zu erörtern.

Ueber Recurs der Klägerin hat die II. J. diese E. abgeändert und erkannt, die geklagte Firma habe „die Klägerin Magdalena A. durch die am 29. März 1892 in der von der Klägerin bezogenen Marktbude in E.

vorgenommene Execution, insbesondere durch die Transferirung ihres Waarenlagers in dem Besitze desselben gestört, sei schuldig, dies anzuerkennen und der Klägerin dieses Waarenlager sofort zurückzustellen, dieses Alles bei sonstiger Execution, denn es ist unbestritten, dass die gegen Johann A. in Execution gezogenen Effecten beim Executionsvollzuge in dem physischen Besitze der Klägerin vorgefunden wurden, und es ist daher Letztere durch den Executionsvollzug in diesem Besitze durch die Geklagte gestört worden. Daran ändert der Umstand nichts, dass die Pfändung unter gerichtlicher Intervention vollzogen wurde, weil Letztere eben nur durch die Geklagte veranlasst wurde".

Der OGH hat über den Revisionsrecurs der geklagten Firma den erstrichterlichen Endbescheid wieder hergestellt, dies in der Erwägung, dass vorliegend von der Klägerin eine Besitzstörung darin gefunden werden will, dass die Geklagte das angeblich in ihrem Besitze befindliche Waarenlager executiv gepfändet und transferirt hat; dass hierin jedoch eine Besitzstörung nicht erblickt werden kann, weil diese einen eigenmächtigen Eingriff in die Besitzsphäre des Anderen voraussetzt, dieses Merkmal jedoch da fehlt, wo die Bewilligung zu der, in den Besitz allerdings eingreifenden Handlung vom Gerichte ertheilt worden ist; dass es sich vorliegend vielmehr nur darum handeln kann, ob die Geklagte berechtigt war, die in dem behaupteten Besitze der Klägerin befindlichen Sachen in Execution zu ziehen, diese Frage jedoch gemäss § 5 der Verordnung vom 27. October 1849, RGB Nr. 12, in dem Verfahren in Besitzstörungsstreitigkeiten, in welchem die Erörterung und E. von Rechtsfragen, unbedingt ausgeschlossen ist, nicht ausgetragen werden kann.

Daraus ergibt sich, dass die Klage verfehlt und vom ersten Richter mit Recht abgewiesen worden ist.

2835.

Für den Umfang eines grundbücherlich erworbenen Rechtes ist nicht der Inhalt der Urkunde, sondern nur die Eintragung im Hauptbuche massgebend.

E. v. 6. Juli 1892, Z. 7804. — (JB 46 ex 92, Seite 553.)

I. BG Postelberg.
II. OLG Prag.

Auf der Realität X wurde für die Firma J. L. & Söhne auf Grund verschiedener Urkunden das Pfandrecht für aus dem Creditverhältnisse entstehende Höchstforderungen von 3000 fl., 12.000 fl., 6400 fl. und 4000 fl. einverleibt, wobei rücksichtlich der Beträge von 12.000 fl., 6400 fl. und 4000 fl. die bücherliche Anszeichnung von sechsprocentigen

Zinsen, Verzugszinsen und weiteren Nebengebühren bewilligt wurde. Durch ein Versehen des Grundbuchsamtes unterblieb bei der Cautionsforderung von 12.000 fl. die Eintragung rücksichtlich der Zinsen und Nebengebühren. Die Cautionsforderung von 3000 fl. wurde gerechtfertigt, die Anmerkung der Execution zur Hereinbringung dieser Forderung erwirkt und die Einverleibung des Pfandrechtes für die Zinsen vom Klagstage, ferner für die Klagskosten bewilligt. Anlässlich der vollzogenen executiven Feilbietung der Realität X wurde das Versehen des Grundbuchsführers rücksichtlich der unterlassenen Eintragung des Pfandrechtes für die Zinsen und Nebengebühren der Cautionsforderung von 12.000 fl. von der Partei bemerkt und um Richtigstellung dieser Eintragung im Sinne des § 104 GBG gebeten, welchem Begehren ohne Einvernahme der Tabularinteressenten Folge gegeben wurde.

Mit dem Berechnungsbescheide der I. J. erfolgte die Zuweisung der von der Firma J. L. & Söhne liquidirten Forderungen und zwar der executiv einverleibten Forderung von 3000 fl. mit 6 Percent Zinsen seit 3. Februar 1891, der Klagskosten und sämmtlicher Executionskosten; ferner die Zuweisung der von dem Executen als richtig anerkannten Credithöchstbeträge von 12.000 fl., 6400 fl. und 4000 fl., der 6 Percent Zinsen, 6 Percent Verzugszinsen hiervon für 3 Jahre und der mit der Einverleibung und Quittirung verbundenen Nebengebühren. Die Zuweisung der Zinsen von der Cautionsforderung von 12.000 fl. erfolgte insbesondere deshalb, weil diese Zinsen nach Massgabe des Bewilligungsbescheides einzuverleiben waren, jedoch aus Versehen nicht einverleibt wurden; weil die Stipulation der Verzinsung dieser Forderung in der in der Urkundensammlung eingelegten Erklärung sich vorfindet, diese Erklärung sonach einen Bestandtheil des Grundbuches bildet; weil sich somit die nachfolgenden Gläubiger auf das Vertrauen in das Grundbuch rücksichtlich der Rangordnung ihrer Forderungen nicht berufen können, es sich vielmehr um ein nachträglich verbessertes Versehen des Grundbuchsamtes handelt, welches der gutgläubigen Firma J. L & Söhne nicht zum Nachtheile gereichen kann.

Die II. J. hat die mehrfach angefochtene Berechnung behoben, jedoch den gegen die Zuweisung der Zinsen und Kosten gerichteten Recurs grundsätzlich dahin erledigt, dass von den Cautionsforderungen per 3000 fl. und 12.000 fl. überhaupt keine Zinsen, von den Cautionsforderungen per 6400 fl. und 4000 fl. nur die dreijährigen Zinsen, ferner ausserhalb des Rahmens der Höchstbeträge auch keine Kosten zuzuweisen sein werden.

Gründe:

Der Vertheilungsrichter hatte nicht die Frage zu erörtern, ob ausser der Eintragung für eine Forderung im Höchstbetrage noch nebstdem das

Pfandrecht für Zinsen und Nebengebühren zur Eintragung bewilligt werden könne, weil für die Vertheilung nur das Grundbuch selbst massgebend sei. Bezüglich der Forderung von 3000 fl. wurde ein Pfandrecht für die Zinsen und Kosten in der ursprünglichen Rangordnung nicht einverleibt und konnte durch die in einer späteren Rangordnung erfolgte Anmerkung ein Pfandrecht für diese Nebengebühren nicht erwirkt werden. Bezüglich der Cautionshypothek von 12.000 fl. wurde im Grundbuche ein Pfandrecht für die Nebengebühren nicht eingetragen und kann die vom Richter nach der Feilbietung bewilligte nachträgliche Eintragung der Rangordnung hieran nichts ändern, weil die Rangordnung einer Eintragung nicht durch den Richter, sondern durch das Gesetz bestimmt wird. Bücherliche Rechte werden nach § 4 GBG nur durch die Eintragung in das Hauptbuch erwirkt; es wäre § 5 GBG überflüssig, wenn die Urkunde, die den Titel zum Pfandrechte enthält, allein genügen sollte; nicht das, was in der Urkunde steht, sondern, was auf Grund der Urkunde in das Hauptbuch eingetragen wird, ist für den Erwerb des Rechtes massgebend. Die gegentheilige Ansicht würde dazu führen, dass der grosse Fortschritt der neuen Grundbuchsgesetze, der in der Einführung der Hauptbücher und Hervorhebung ihrer Bedeutung besteht, aufgeopfert werden müsste und dass man auf diese Art wieder zur Ingrossirung der Urkunden gelangen würde. Für diese zwei Cautionshypotheken ist daher für irgend welche Nebengebühren ausserhalb des Rahmens der Höchstbeträge kein Raum. Dagegen können die Zinsen und Verzugszinsen von den Cautionsbeträgen von 6400 fl. und 4000 fl. mit Ausschluss von Kosten auch ausserhalb des Rahmens der Höchstbeträge zugewiesen werden, weil diese Zuweisung die bücherliche Lage und auch § 17 GBG gestattet.

Der OGH hat die E. II. J. bestätigt, mit nachstehender

Begründung:

Es ist allerdings richtig, dass die Einverleibung des Pfandrechtes für die Zinsen anlässlich der Sicherstellung einer Cautionsforderung ausserhalb des für diese bestimmten Höchstbetrages dem Sinne des § 14 GBG widerstreitet, da durch diesen Höchstbetrag die Grenze bezeichnet wird, welche von dem Gläubiger bei Geltendmachung des für die Cautionsforderung erworbenen Pfandrechtes nicht überschritten werden darf, innerhalb welcher daher nicht blos die Forderungen aus dem gegebenen Credite, sondern auch alle Nebengebühren derselben geltend gemacht werden müssen. Gleichwohl vermag in den angefochtenen B. weder eine Nichtigkeit noch eine offenbare Gesetzwidrigkeit erkannt zu werden, weil jeder nachfolgende Gläubiger aus dem Grundbuche ersah, dass ausser dem Pfandrechte für die Creditforderungen von 6400 fl. und 4000 fl. noch das Pfandrecht für die Zinsen thatsächlich einverleibt wurde und weil über die Giltigkeit dieser Eintragung im Recurszuge nicht abgesprochen werden

kann. Die bezüglich des Betrages von 3000 fl. angesprochenen Process- und Executionskosten können nur insoweit berücksichtigt werden, als der Höchstbetrag nicht schon durch die Creditforderung selbst erschöpft ist und steht hiermit die Bestimmung des § 16 GBG und des § 9 der Exec.-Nov. nicht im Widerspruche, da als Forderung in der Regel eine ziffermässig bestimmte Geldsumme zu gelten hat, die im Alinea 2 gestattete Ausnahme strenge auszulegen, daher eine Ausdehnung der Inanspruchnahme des Pfandes über die Ziffer des Höchstbetrages nicht zu gestatten ist. Das Pfandrecht für die Zinsen der Cautionsforderung von 12.000 fl. und 3000 fl. wurde in dieser Rangordnung nicht eingetragen und entscheidet für diesen Umstand der § 4 GBG, weshalb ohne Einvernehmung der Betheiligten die nachträgliche Richtigstellung nicht erfolgen durfte.

2836.

Rechtliche Natur des Vertrages zwischen Theaterunternehmung und Billetkäufer.

E. v. 6. Juli 1892, Z. 7969. — (JB 33 ex 92, Seite 395.)

I. LG Wien.
II. OLG Wien.

A, Theateragent in Wien, belangte den Pächter und Director des Deutschen Volkstheaters in Wien auf Rückzahlung von 571·20 fl. für Billets zu der für den 29. December 1890 angekündigten, später aber abgesagten Vorstellung „In eiserner Zeit“.

Die I. J. hat die Klage unbedingt abgewiesen, und zwar aus folgenden

Gründen:

Um den vorliegenden Rechtsstreit in seiner meritorischen E. begründen zu können, bedarf es vorerst einer Erörterung des Rechtsverhältnisses, welches zwischen Theaterunternehmung und Billetabnehmer geschaffen wird und zwar sowohl im Allgemeinen als im Besonderen. Es kann darüber kein Zweifel bestehen, dass zwischen Theaterunternehmung und Billetabnehmer recte Billetkäufer ein Vertrag geschlossen wird, auf welchen die gesetzlichen Normen über Verträge anwendbar sind. Der eine Contrahent ist die Theaterunternehmung durch ihr bevollmächtigtes Organ, den Cassier, der andere Contrahent ist der Billetkäufer. Die Absicht des Billetkäufers als Regel geht dahin, für die angekündigte Vorstellung ein Billet zu erwerben und dem Inhaber des Billets dadurch das Recht zu geben, dieser angekündigten Vorstellung auf dem angewiesenen Platze, am bestimmten Tage und zur bestimmten Zeit anwohnen zu können. Das

Verlangen eines Billets an der Casse des Theaters für die angekündigte Vorstellung manifestirt auch diesen Willen des einen Theiles auf unzweifelhafte Weise. Nun hat als Regel und im Allgemeinen zu gelten, dass die Theaterunternehmung durch die Ausfolgung des Billets auf das vorgenannte Verlangen, wenn diese Ausfolgung ohne Vorbehalt geschieht, ihren Willen unzweideutig dem Billetkäufer gegenüber kundgibt, das angekündigte Stück, für welches das Billet gelöst worden, an dem bestimmten Tage zur bestimmten Zeit zu geben und dem Vorzeiger, also Inhaber des Billets, das Recht einzuräumen, dieser angekündigten Vorstellung am bestimmten Tage, zur bestimmten Zeit und an dem durch das Billet bestimmten Platze anzuwohnen. Die Leistung auf der einen Seite ist die Zahlung des Preises für das Billet, die geforderte Gegenleistung ist die Aufführung des angekündigten Stückes. Durch die Zahlung des Preises und die gemäss § 863 ABG erfolgte definitive Annahme des Billets ist der zweiseitig verbindliche entgeltliche Vertrag perfect. Kann nun dieser Vertrag seitens der Theaterunternehmung dadurch nicht zugehalten werden, dass die Aufführung des angekündigten Stückes am bestimmten Tage nicht vor sich geht, so ist der Vertrag als aufgelöst zu betrachten, und der Billetinhaber hat im Allgemeinen unzweifelhaft das Recht auf Rückersatz des für das Billet ausgelegten Preises, und zwar noch innerhalb der durch das Gesetz normirten o. Verjährungszeit. Der Ersatz des angekündigten Stückes durch ein eingeschobenes ist nicht als die bedungene Gegenleistung anzusehen. Gibt die Theaterunternehmung zu, dass der Inhaber des Billets für die angekündigte Vorstellung die eingeschobene Vorstellung besucht und thut dies der Billetinhaber, so wird unzweifelhaft ein neuer Vertrag geschlossen. Die Theaterunternehmung bietet eine andere Gegenleistung als bedungen worden, und der Billetinhaber gibt seinen Willen stillschweigend kund, statt mit der angekündigten mit der eingeschobenen Vorstellung, also einer ganz anderen, als er in Aussicht genommen, sich zufrieden zu stellen. Ein Vertrag kann nun unter gewissen. von der einen oder der anderen Seite, oder von beiden Seiten gestellten Bedingungen oder Bestimmungen geschlossen werden. Die Rechtswirksamkeit eines solchen Vertrages ist dann davon abhängig, dass diese Bestimmungen oder Bedingungen dem anderen Theile vor oder bei Abschluss des Vertrages auf solche Weise bekannt gegeben werden, dass über deren Sinn (§ 6 ABG) keine Ungewissheit besteht, dass sie auch möglich oder erlaubt sind, und der andere Theil, falls sie ihm nicht mündlich oder schriftlich bekannt gegeben werden, bei nur einiger Aufmerksamkeit zur Kenntniss derselben gelangen muss. Sind diese Bestimmungen klar und verständlich bekanntgegeben, und schliesst der andere Theil den Vertrag ab, ohne sich weiter um diese Bestimmungen zu kümmen, so muss seine Einwilligung zum Vertrage unter den gegebenen Bestimmungen angenommen werden; er kann sich nicht hinterher auf einen Irrthum im Sinne des

§ 871 ABG berufen, welcher die Aufhebung des Vertrages zur Folge hätte, sondern es liegt sein eigenes Verschulden aus Mangel der gewöhnlichen Aufmerksamkeit im Sinne des § 1297 ABG vor und er hat auch den durch dieses Verschulden sich ergebenden Schaden zu tragen. Es kann also der Theaterunternehmung das Recht nicht bestritten werden, Bestimmungen zu statuiren sowohl hinsichtlich der Repertoireänderung, als auch hinsichtlich des Rückersatzes für gelöste Billets, soferne sich diese Bestimmungen in den durch das Gesetz gezogenen Grenzen bewegen, also verständlich, nicht unmöglich und nicht unerlaubt sind. Diese Bestimmungen müssen aber auch, da sie ja einen Theil des Vertragswillens darthun, auf solche Weise klar und deutlich bekannt gemacht sein, dass der Billetkäufer bei nur gewöhnlicher Aufmerksamkeit zur Kenntniss derselben gelangen muss. Sagen diese so bekannt gemachten Bestimmungen dem anderen Theile nicht zu, so braucht er den Vertrag nicht einzugehen. Die Theaterunternehmung ist nur ein Erwerbsunternehmen; in ihrem wohlverstandenen eigensten Interesse ist es gelegen, nicht nur gute, sondern auch zugkräftige Stücke zu geben, um einen vollen Cassenerfolg zu erzielen; es ist daher einerseits unzweifelhaft in ihrem eigensten Interesse gelegen, Repertoireänderungen nur im Falle der äussersten Nothwendigkeit zuzulassen und auf jede Weise dem Publicum entgegenzukommen, andererseits aber auch sich vor materiellem Schaden zu behüten, ohne dass dies lediglich auf Kosten des Publicums geschieht. Beide Factoren muss sie daher in Einklang zu bringen suchen, sie muss somit Hauptrollen, wenn es nur irgend möglich, doppelt besetzt halten, technische Störungen hintanhalten, sie muss aber auch das unbestreitbere Rückersatzrecht der Billetinhaber auf den Preis des Billets für den Fall einer Repertoireänderung wenigstens zeitlich beschränken können. Diese zeitliche Beschränkung ihrer Rückersatzpflicht ist ein nicht zu bestreitendes Recht der Theaterunternehmung; will sie es aber geltend machen, so muss sie rechtzeitig, also vor oder bei Eingehung des Vertrages die Ausübung respective den Vorbehalt dieses Rechtes zur Bedingung der Giltigkeit des Vertrages machen, und diesen ihren Willen auch deutlich und bestimmt kundgeben. Bei der Massenhaftigkeit der durch den Verkauf von Theaterkarten bedingten Vertragsabschlüsse kann dieser Vorbehalt der zeitlichen Beschränkung des Rückersatzrechtes respective der Rückersatzpflicht wohl nicht anders seitens der Theaterunternehmung als Vertragswille kundgegeben werden als im Wege der öffentlichen Bekanntmachung. Es kann aber nicht als genügend erscheinen, wenn diese Bekanntmachung nur in den Tagesjournalen oder auf den Theaterzetteln, wenn auch fett gedruckt, ersichtlich gemacht und zur allgemeinen Kenntniss gebracht wird; denn die Unkenntniss dieser Art Bekanntmachung lässt nicht auf eine Ausserachtlassung der gewöhnlichen Aufmerksamkeit, auf ein Versehen oder Verschulden des Billetkäufers oder Inhabers

schliessen. Die Bekanntmachung dieser Bestimmungen muss auch auf andere, und zwar unmittelbar beim Kaufe des Billets in die Augen springende Weise geschehen, und kann dies nach der Art des Vertrages und des Vertragswillens beider Theile wohl nicht anders als durch den auffälligen Anschlag dieser Bestimmungen im Stiegenhause des Theaters, an der Theatercasse und ganz besonders durch Ersichtlichmachung derselben auf dem Billete selbst geschehen. Der Käufer des Billets muss in die Lage gesetzt sein, noch beim Abschluss des Vertrages sich mit dem Inhalte solcher Vorbehalte bekannt zu machen, um das Billet zurückzustellen, wenn ihm diese Vorbehalte nicht zusagen. Der Vertrag ist noch beiweitem nicht geschlossen, wenn der Käufer das Billet in Empfang nimmt, daraus kann an und für sich noch durchaus nicht auf dessen wahre Einwilligung geschlossen werden, weil er für den Fall, als er erst bei Empfangnahme des Billets auf die Rückersatzbestimmungen aufmerksam wird, immer noch das Recht hat, das Billet zurückzustellen, wenn ihm die Bestimmungen nicht zusagen; das Inempfangnehmen des Billets, das Lesen des auf demselben befindlichen Vermerkes, ja selbst wenn das Geld schon erlegt worden, kann an und für sich nicht anders denn als Unterhandlung im Sinne des § 861 ABG aufgefasst werden; so lange diese dauern, entsteht aber kein Vertrag. Die wahre Einwilligung erscheint vielmehr erst dann bestimmt und verständlich, wenn der Käufer des Billets entweder durch Worte oder stillschweigend durch das vorbehaltlose Einstecken des Billets, also durch Handlungen, die mit Ueberlegung aller Umstände keinen vernünftigen Grund daran zu zweifeln übrig lassen, erklärt oder zu erkennen gibt, dass er gegen die festgesetzten Bestimmungen keine Einwendung erhebe, sich denselben füge, und erst dann kann der Vertrag als abgeschlossen angesehen werden (§ 863 ABG). Hat die Theaterunternehmung diese jedenfalls nothwendigen Massregeln und Bestimmungen auf die geschilderte Weise getroffen, dann kann Niemand sich auf die Unkenntniss derselben mit Erfolg berufen und einen den Vertrag aufhebenden Irrthum vorschützen. Selbstverständlich gehen diese Rechte und Pflichten eines Billetkäufers, wenn er nur Agent oder Zwischenhändler ist, auf den späteren Inhaber des Billets über; Ersterer kann nicht mehr Rechte übertragen als er selbst erworben, Letzterer übernimmt unbedingt die Pflichten, die Ersterer eingegangen. Zu einer dieser Pflichten gehört aber auch jene Pflicht des Billetinhabers, sich rechtzeitig zu erkundigen, ob eine Repertoireänderung eingetreten ist, wenn der Rückersatzanspruch des Billetpreises durch eine solche berührt wird. Nach der vorausgegangenen Begründung ist es unzweifelhaft ein Recht der Theaterunternehmung, ihre Rückersatzpflicht zeitlich z. B. bis $1/2$ 7 Uhr Abends am Tage der Vorstellung zu beschränken; sie übernimmt damit die Pflicht, eine Repertoireänderung durch allgemeine Bekanntmachung, welche der Natur der Sache nach wohl nicht anders als durch Veröffentlichung in

den Zeitungen, durch Anschlag an den gewöhnlichen Placatirungsstellen und zwar, wie üblich, durch Anschlag andersfärbiger (rother) Theaterzettel geschehen kann, zur Kenntniss zu bringen, jedenfalls aber muss sie noch vor Ablauf der von ihr gesetzten Frist diese Kundmachung bewerkstelligen können, weil eine spätere Repertoireänderung eine unbedingte Rückersatzpflicht involviren würde, wenn auch nicht hiefür vorgedacht ist. Der Billetverkäufer, der den Vertrag unter dieser zeitlichen Rückersatzbeschränkung eingegangen, beziehungsweise der spätere Inhaber des Billets, als zur Anwesenheit bei der angekündigten Vorstellung Berechtigter, hat die Pflicht, Sorge zu tragen und die gehörige Aufmerksamkeit darauf zu wenden, damit sein Rückersatzrecht nicht etwa verloren gehe; es besteht also jedenfalls für diesen die Erkundigungspflicht; versäumt er, sich rechtzeitig zu erkundigen, so liegt eine Ausserachtlassung der gewöhnlichen Aufmerksamkeit und mithin seinerseits ein Verschulden vor, dessen Folgen er zu tragen hat. Für ein Verschulden des Billetkäufers haftet die Theaterunternehmung, wenn sie nicht selbst ein Verschulden trifft, dem späteren, vom Billetkäufer verschiedenen Billetinhaber selbstverständlich nicht. Diese vorausgehende Begründung findet auch auf den gegebenen Rechtsfall ihre Anwendung. Was nun diesen betrifft, so ist unbestritten, dass die Direction des Deutschen Volkstheaters für den 29. December 1890 das Stück „In eiserner Zeit“ angekündigt hatte, und dass der Kläger für diesen Tag Logen, Balkon- und Parquetsitze um 571·20 fl. kaufte. Es kann mit Grund auch gar nicht angezweifelt werden, dass der Kläger bei dem Ankaufe der Billets die Absicht verband, die Billets für dieses angekündigte Stück und nicht für irgend ein Stück zu kaufen, das am 29. December 1890 gegeben werde; wenn der Geklagte in dieser Hinsicht behauptet, die gelösten Billets hätten nach dem Texte derselben „nur giltig für die Vorstellung am 29. December 1890“ nur für irgend eine an diesem Tage im Deutschen Volkstheater stattfindende Vorstellung Geltung gehabt, so kann in dieser Hinsicht dem Geklagten nicht beigepflichtet werden. Gerade der Text des Billets, wie ihn der Geklagte anführt, spricht gegen ihn; aus demselben kann nur entnommen werden, dass das Billet für die angekündigte Vorstellung Geltung habe, und zwar gerade aus dem Gebrauche des bestimmten Artikels vor dem Worte Vorstellung. Der Gebrauch des bestimmten Artikels erscheint hier als Hinweis auf die angekündigte Vorstellung, sonst müsste der Text folgerichtig lauten: „nur giltig für eine Vorstellung am 29. December 1890“ (§ 6 ABG). Zugestanden ist seitens des Geklagten, dass die angekündigte Vorstellung am 29. December 1890 unterblieb und eine Repertoireänderung eintrat, und ebenso zugestanden, dass dem Kläger, welcher am 30. December 1890 Morgens den Preisrückersatz für die gekauften und ihm von seinen Committenten nicht abgenommenen Billets verlangt hatte, dieser Rückersatz mit Hinweis auf die statuirte Rückersatzfrist bis

$^1/_2$7 Uhr Abends am Tage der Vorstellung verweigert wurde. Nicht widersprochen von Seiten des Klägers ist, dass seit September 1889 das Deutsche Volkstheater eine zeitlich beschränkte Rückersatzpflicht normirt, und nicht nur in allen Tagesjournalen, sondern auch auf den Theaterzetteln, an den Cassen und auf den Billets selbst seither ununterbrochen diese ihre Rückersatzpflicht, welche sie auf spätestens halb 7 Uhr Abends des Tages der Vorstellung fixirt, öffentlich bekannt gemacht hat. Die Direction hat somit im speciellen Falle nur von einem Rechte Gebrauch gemacht, das nicht bestritten werden kann, und hat, darüber kann wohl kein Zweifel bestehen, ihren Vertragswillen, nur unter dieser zeitlich beschränkten Haftung den Vertrag mit dem Billetkäufer, also dem Kläger abzuschliessen, auf deutliche, verständliche Art und insbesondere auf so in die Augen fallende Weise kundgegeben, dass bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit der Kläger von diesen Bestimmungen Kenntniss erlangen musste. Es war jedenfalls dem Kläger freigestanden, die Billets noch an der Casse zurückzustellen, wozu ihn auch der Vermerk am Billet: „Der Empfänger des Billets erklärt durch die vorbehaltlose Annahme desselben mit den vorbestehenden Bedingungen einverstanden zu sein“ berechtigte, und wozu er auch nach der bereits gegebenen Begründung insolange berechtigt war, als er nicht im Sinne des § 863 ABG durch eine Handlung. die mit Ueberlegung aller Umstände keinen Grund daran zu zweifeln übrig liess, stillschweigend seine Einwilligung erklärt hatte. Dadurch aber, dass der Kläger, wie er ja gar nicht widersprochen, ohne allen Vorbehalt die Billets genommen, das Geld dafür erlegt und sich von der Casse mit den Billets entfernt hat, erscheint der Vertrag mit der Theaterunternehmung unter den von ihr stipulirten Bedingungen als abgeschlossen; der Kläger hatte mithin nur mehr das Recht, im Falle einer Abänderung der Vorstellung die Billets bis halb 7 Uhr desselben Abends an der Casse zurückzustellen und sein Geld dafür zurückzuverlangen, was selbstverständlich auch seinen Comittenten freigestanden wäre, wenn sie die Billets dem Kläger schon abgenommen hatten, oder an der Ersatzvorstellung theilzunehmen. Im gegebenen Falle liegt daher ein Verschulden des Klägers vor und er hat den aus dem Mangel an eigener Aufmerksamkeit entstandenen Schaden selbst zu tragen. Nur für den Fall als das Deutsche Volkstheater unterlassen haben würde, die sonst unbestrittene Rückersatzpflicht einzuschränken, könnte der Kläger in der o. Verjährungszeit den Rückersatz ansprechen; es kann daher im speciellen Falle auch nicht gesagt werden, weil das angekündigte Stück nicht am 29. December gegeben worden, habe die Direction ihre Pflicht nicht erfüllt und sei daher verpflichtet, gemäss §§ 1311 und 1447 sowie nach Analogie des § 1153 ABG. Demjenigen, welcher der Ersatzvorstellung nicht beiwohnen will, das Geld zurückzustellen. Die bezogenen Gesetzesstellen finden auf den speciellen Fall keine Anwendung. Ganz haltlos erscheint der Einwurf

des Klägers, dass Jemand, der von Prag oder Graz nach Wien reise, um ein Stück zu sehen, für den Fall der Repertoireänderung doch nicht umsonst Zeit und Reisekosten ausgelegt haben könne oder dass gar Mancher bis $^3/_4 7$ Uhr Abends in seinem Geschäfte sei und sich nicht erkundigen könne, ob die Vorstellung abgesagt wurde. In dem einen wie dem anderen Falle ist Derjenige, der sich ein Billet zu der bestimmten, von ihm in's Auge gefassten Vorstellung genommen, bereits den Vertrag unter den statuirten Bedingungen eingegangen und hat daher sich auch darum zu kümmern, ob die Vorstellung abgesagt wurde, wenn er einen Rückersatz ansprechen will; hatte er das Billet noch nicht genommen und ist z. B. von Graz nach Wien gefahren, so liegt überhaupt ein Vertragsverhältniss noch gar nicht vor, und in einem solchen Falle einen Ersatz von Reisekosten seitens des Theaters auzusprechen, ist wohl im Vorhinein eine verlorene Sache. Der Kläger hatte also unbedingt eine Erkundigungpflicht. Nachdem Beweise seitens keines Streittheiles angeboten wurden, musste diesr Rechtsfall auch nur auf Grund der beiderseitigen, thatsächlichen Ausführungen und auf Grund der diese Ausführungen regelnden gesetzlichen Normen entschieden werden. Im gegebenen Falle war das Klagebegehren unbedingt abzuweisen.

Ueber Appellation des Klägers hat die II. J. das erstrichterliche U. bestätigt.

Gründe:

Beide Streittheile stimmen darin überein, dass der sogenannte Kauf einer Theaterkarte, wenngleich ein Vertrag sui generis, im Allgemeinen nach den Bestimmungen des 26. Hauptstückes, II. Abtheilung, des ABG zu beurtheilen ist. Diese Bestimmungen können jedoch im Wege der Vereinbarung abgeändert werden, und hat daher die E. zunächst auf Grund des zwischen den Streittheilen zu Stande gekommenen Vertrages und nur insoweit sich der Parteienwille nicht erkennen lässt, auf Grund der gesetzlichen Dispositivbestimmungen zu erfolgen. Die Ankündigung der Theaterunternehmung, dass an einem bestimmten Tage eine bestimmte Vorstellung stattfinden werde, enthält keine bindende Offerte, sondern nur eine allgemeine Einladung zur Orientirung des Publicums, welches durch die in Aussicht gestellte Vorstellung zu Anerbietungen, das ist zum Theaterbesuche veranlasst werden soll (vgl. Art. 337 HGB analog). Der Vertragsabschluss erfolgt erst durch den sogenannten Kauf der Theaterkarte. In dem vorliegenden Falle hat der Kläger unbestrittenermassen die Theaterkarten mit dem Vermerke, dass im Falle der Abänderung der angekündigten Vorstellung die Zurückzahlung des für das ausgefolgte Billet entrichteten Betrages nur dann erfolgt, wenn das Billet spätestens am Tage der Vorstellung, und zwar bis $^1/_2 7$ Uhr Abends der Casse

des Deutschen Volkstheaters zurückgestellt wird, anstandslos entgegengenommen; es hat der Kläger ebenso zugestanden, dass das Deutsche Volkstheater seit October 1889 einen solchen Vorgang einhält und dies in den Journalen, sowie durch Placate u. s. w. kundgemacht hat; es kann daher kein Zweifel obwalten, dass dem Kläger, der auf dem Klagsrubrum sich als Theateragent bezeichnet, der Vertragswille der anderen Contrahenten bekannt war. Der Kläger ist allerdings insoferne im Rechte, dass der in Frage kommende Dienstleistungsvertrag sammt Nebenbestimmungen (§ 1159 ABG) nicht eine generelle, sondern eine specielle Leistung, also die Aufführung eines bestimmten Stückes zum Gegenstande hatte, dass in der Repertoireänderung ein wesentlicher Mangel der vereinbarten Leistung gelegen ist, welcher ausnahmsweise (§ 919 ABG) im Sinne des § 1153 ABG zum Abgehen von dem Vertrage und daher innerhalb der Verjährungsfrist (§§ 1311 und 1447 ABG) zur Rückstellung des ausgelegten Betrages berechtigen würde, übersieht aber, dass es den Contrahenten unbenommen war, von dieser gesetzlichen Dispositivvorschrift vertragsmässig abzugehen und das Rückforderungsrecht des Klägers zeitlich einzuschränken, und dass durch die unbeanständete Entgegennahme der mit dem oberwähnten Vorbehalte versehenen Theaterkarten der Kläger sich mit dieser Beschränkung seiner gesetzlichen Ersatzansprüche einverstanden erklärt hat (§ 863 ABG) und die Folgen des Mangels an Diligenz bei Entgegennahme der Karten und der veröffentlichten Repertoireänderung selbst tragen muss. Die Berufung auf die allgemeinen Ankündigungen einer bestimmten Vorstellung seitens der Theaterdirection vermag den Klagsanspruch umsoweniger zu rechtfertigen, als, wie nicht in Abrede gestellt wird, auch die Repertoireänderung in ähnlicher Weise publicirt worden ist, übrigens auch die ursprünglichen Kundmachungen der Theaterdirectionen den Hinweis auf den auch auf den Theaterbilleten zum Ausdruck gelangten Vorbehalt enthalten haben. Dass endlich der nicht zur Bedingung gemachte Beweggrund, welcher den Kläger oder vielleicht einzelne seiner Committenten zur Lösung von Theaterkarten im Deutschen Volkstheater für die auf den 29. December 1890 angekündigte Aufführung des Stückes „In eiserner Zeit“ veranlasst haben mag, ohne rechtliche Bedeutung ist, folgt aus § 901 ABG. Es war daher dem erst am nächstfolgenden Tage, das ist am 30. December 1890, somit nach Ablauf der vertragsmässig beschränkten Rückersatzfrist gestellten Ersatzanspruche des Klägers keine Folge zu geben und das erstrichterliche U. zu bestätigen.

Der a. o. Revisionsbeschwerde des Klägers hat der OGH keine Folge zu geben befunden, weil die Voraussetzungen, unter denen allein nach dem Hofd. vom 15. Februar 1833 JGS Nr. 2593 die Abänderung gleichförmiger E. der Untergerichte zulässig ist, nicht vorliegen. Eine Nichtigkeit wird von dem Revisionswerber nicht geltend gemacht, und

es wurde eine solche auch bei der amtlichen Ueberprüfung der Acten nicht wahrgenommen; eine offenbare Ungerechtigkeit liegt aber gleichfalls nicht vor. Dies gilt zunächst von der Auffassung der Untergerichte, wonach das Abgehen von den bezüglichen gesetzlichen Dispositivnormen im Wege der Vereinbarung als zulässig erkannt wurde und wird diesfalls mit Bezug auf die Ausführungen der Revisionsbeschwerde noch bemerkt, dass es nach dem Inhalte der hier getroffenen Vereinbarung nicht in das Belieben des Geklagten gestellt war, überhaupt etwas zu leisten und dennoch den für die Theaterkarte bezahlten Betrag zu behalten, sondern dass beiden Contrahenten das Recht vorbehalten wurde, bei Aufführung eines anderen Stückes vom Vertrage abzugehen, wobei dem Billetkäufer die alternative Ermächtigung eingeräumt wurde, entweder der in Folge der Abänderung stattfindenden Vorstellung anzuwohnen oder innerhalb der diesfalls festgesetzten Frist unter Rescindirung des Vertrages den für die Karten bezahlten Betrag zurückzufordern; dass diese Frist eine kurze ist, steht der Giltigkeit der Vereinbarung nicht entgegen. Eine Abänderung der angekündigten Vorstellung rechtzeitig zu erfahren, ist Sache des Billetkäufers; es ist übrigens die Kenntnissnahme hiervon durch die Mittheilungen in den Tagesblättern weiten Kreisen erleichtert. Wer sich aber den durch die bezügliche Vereinbarung eintretenden Consequenzen nicht aussetzen will, der soll eben die Karte nicht an sich bringen. Die Festsetzung derartiger Bedingungen, wie die hier in Rede stehenden, mag für das Publicum nicht günstig sein; allein sie ist weder durch allgemeine gesetzliche Bestimmungen, noch auch durch eine besondere Anordnung untersagt. Dass aber die bezügliche Vertragsbedingung von den Untergerichten als vereinbart angesehen wurde, ist gleichfalls keine offenbare Ungerechtigkeit, wenn erwogen wird, dass die Direction die diesfällige Bestimmung nicht nur durch Anschlag an der Theatercasse zur Kenntniss brachte, sondern auch in die Theaterkarte einen entsprechenden Vermerk aufnahm, der Kläger aber diese Bestimmung nicht beanständet hat. Wenn dieselbe endlich darauf hinweist, dass dieser Vermerk von den Billetkäufern nicht gelesen zu werden pflegt, so kommt zu entgegnen, dass dies vom Rechtsstandpunkte nur auf einen vom Käufer zu verantwortenden Mangel an Diligenz zurückzuführen ist, welcher die Rechte des Theaterunternehmers umsoweniger zu tangiren vermag, als dieser Letztere füglich keinen anderen Weg beschreiten kann, um die Vertragsbestimmungen den Käufern der Karten mitzutheilen, als den von ihm gewählten.

2837.

Die E. über die Erstreckung der Eidesablegungstagfahrt steht nur dem judex requirens zu.

E. v. 6. Juli 1892, Z. 7850. — (Präv. XIX ex 92, Seite 667.)
I. KG Chrudim.
II. OLG Prag.

Im Grunde eines vom Erstrichter als judex cognitionis ergangenen U. auf einen Haupteid trat die Belangte denselben ordnungsgemäss an und das BG zu P ordnete sohin als judex requisitus die Tagfahrt zur Ablegung desselben an, bei welcher jedoch lediglich der Rechtsfreund der B sich einfand, der wegen Erkrankung seiner Clientin um Erstreckung derselben ansuchte. Das requirirte Gericht forderte sohin von der B das ärztliche Zeugniss über deren Erkrankung ab und erstreckte dann die Tagfahrt auf einen anderen Tag.

Ueber Recurs des A behob die II. J. den angefochtenen Erstreckungsbescheid und verordnete dem obgenannten judex requisitus, die sämmtlichen Acten dem judex requirens behufs E. über die angesuchte Tagfahrtserstreckung zu übersenden, weil der requirirte Richter zur E. über das Gesuch um Erstreckung der angeordneten Tagfahrt nicht berechtigt war, sondern diese E. dem judex requirens als judex cognitionis hätte vorbehalten werden sollen.

Ueber Revisionsrecurs der B bestätigte der OGH die E. II. J. unter Hinweis auf deren Begründung.

2838.

Der Umstand, dass ein Advocat nicht von der zu vertretenden Partei, sondern von dem Advocaten derselben als dessen Substitut bevollmächtigt wurde, steht der Anwendbarkeit des Hofd. vom 4. October 1833, JGS Nr. 2633, nicht entgegen.

E. v. 12. Juli 1892, Z. 7842. — (JMB 796 ex 92, S. 136. Sp.-R. 154.)

Den von dem Advocaten B gegen die B. der I. und II. J., wodurch dem Advocaten A die für die in verschiedenen Rechtsstreiten geleistete Substitutionsvertretung des Advocaten B aufgelaufenen Kosten adjustirt wurden, insofern eingereichten a. o. Revisionsrecurs, als die Festsetzung der Kosten überhaupt erfolgte und nicht vielmehr das diesfällige Gesuch des A als zur Kostenfestsetzung in Gemässheit des § 425 AGO nicht geeignet abgewiesen wurde, fand der OGH zurückzuweisen aus folgenden

Gründen:

Die Vorschrift des Hofd. vom 4. October 1833, JGS Nr. 2633, wonach die Gebühren der Advocaten von jenem Richter, vor welchem das Geschäft, woraus sie entstanden sind, verhandelt wurde, im ämtlichen

Wege und, falls es nöthig wäre, nach vorläufigem Einvernehmen der Parteien, ohne jedoch einem förmlichen Processe stattzugeben, zu liquidiren sind, kann ihrem Geiste und Zwecke nach nur dahin aufgefasst werden, dass es als im beiderseitigen Interesse, nämlich des Vertreters und der vertretenen Partei gelegen erkannt wurde, die Gebühren des Advocaten von dem Richter, vor welchem der Stritt geführt wurde, und welchem die Palmaransprüche des Advocaten nach Lage und Einsicht der Processacten allein am besten bekannt sind, und von welchem Richter sie im kürzesten und gründlichsten Wege entsprechend gewürdigt werden können, liquidiren zu lassen, wodurch einerseits dem Advocaten eine wünschenswerthe schleunige Feststellung seiner rechtsfreundlichen Vertretungskosten beschafft, anderseits der Partei unnöthige und oft nicht unbedeutende Processkosten erspart bleiben. Bei dieser ganz allgemeinen Fassung obiger gesetzlicher Vorschrift und bei Festhaltung des dieselbe beherrschenden Grundsatzes der schleunigen Kostenfestsetzung mit Ersparung jedweder Processkosten kann eine Unterscheidung zwischen dem von der Partei selbst bevollmächtigten Advocaten und dem vom letzteren substituirten Advocaten nicht gemacht werden, indem der substituirende Advocat gegenüber dem Substituten auf Grund der vollkommen gleichartigen Vollmacht gewiss für eine Partei im Sinne des Gesetzes angesehen werden muss, weil ferner nicht blos die Vollmacht, sondern auch die Geschäfte und die hieraus erwachsenden Gebühren vollkommen gleichartig sind, und das oberwähnte Hofd. offenbar nur auf die Person des Vertreters, und keineswegs auf jene des Vertretenen Bezug nimmt, daher es gleichgiltig ist, ob die vertretene Partei ebenfalls ein Advocat ist, gleichwie der Substitut die Vertretung von dem substituirenden Advocaten unmittelbar und ohne Rücksicht auf die Person der Partei, sowie unter Haftung des substituirenden Advocaten enthält, wobei ihm die Partei und deren Verhältnisse nicht bekannt werden.

2839.

Die städtisch-delegirten BG ausserhalb des Umkreises der Städte sind befugt, die Gerichtsbarkeit in Streitsachen in gleichem Umfange auszuüben wie jedes andere BG und sind demnach auch für Streitigkeiten aus Handelsgeschäften competent.

E. v. 12. Juli 1892, Z. 8436. — (GH 38 ex 92, Seite 320.)
I. st.-del. BG Innsbruck.
II. OLG Innsbruck.

Die Lebensversicherungs-Gesellschaft „Equitable“ in New-York begehrte durch den General-Repräsentanten für Oesterreich wider den in Wilten bei Innsbruck wohnhaften Agenten N. das Erkenntniss, derselbe sei schuldig, den ihr aus der Ueberschreitung der ihm vom General-Agenten

der klagenden Versicherungs-Gesellschaft in Innsbruck am 28. September 1889 ausgestellten Vollmacht erwachsenen Schaden im Betrage von 219·50 fl. zu vergüten.

Der Geklagte bestritt vorerst die Competenz des angerufenen Gerichtes und begründete diese Einwendung damit, dass er Handlungsbevollmächtigter der klägerischen Versicherungs-Gesellschaft sei, und dass deshalb der gegenständliche Streit zwischen dieser und ihm nach § 38, Abs. 2 des Einf.-G. zum HGB der Handelsgerichtsbarkeit zugewiesen und zu dessen E. nach § 58 JN das Landes- als HG zuständig sei.

Die I. J. hat die vom Geklagten erhobene Einwendung der Incompetenz zurückgewiesen und sohin in merito, und zwar dem Klagebegehren stattgebend, erkannt.

Die Zurückweisung der Incompetenzeinwendung erfolgte aus nachstehenden

Gründen:

Zur Beurtheilung der Competenzfrage ist vor Allem zu unterscheiden, ob der Geklagte wirklich Handelsbevollmächtigter der Klägerin im Sinne des Art. 47 HGB ist. In dieser Beziehung behauptet nun Geklagter gegen die Angaben der Klägerin, welche ihm nur jene Befugnisse zuerkennt, die ihm angeblich mit der Vollmacht vom 28. September 1889 (Klagsbeilage A) ertheilt wurden, dass er nicht nur Acquisiteur oder Agent, sondern Inspector der Versicherungs-Gesellschaft „Equitable“ für Tirol und Vorarlberg und als solcher Handlungsbevollmächtigter der Gesellschaft sei. Dass er dies durch sein Bestellungsdecret vom 1. April 1889, mit welchem er als Inspector für Wien und Umgebung ernannt wurde, nicht zu erweisen vermag, ist wohl klar. Geklagter behauptet nun allerdings auch, dass er mit den gleichen Befugnissen, wie sie ihm in diesem Bestellungsdecrete eingeräumt wurden, auch als Inspector für Tirol nnd Vorarlberg bestellt wurde. Da nun aber die klägerische Gesellschaft nur Letzteres, und zwar in der von ihm behaupteten Vollmacht vom 28. September 1889 zugibt, aber die gleiche Ausdehnung der Befugnisse bestreitet und Geklagter für dieselbe einen Beweis nicht einmal anbietet, konnte auf die Behauptung des Geklagten, dass ihm mehr Befugnisse zugestanden seien, als ihm in der von der Klägerin behaupteten und von ihm bestrittenen Vollmacht vom 28. September 1889 angeblich eingeräumt wurden, keine Rücksicht genommen werden. Hatte Geklagter aber nur die Rechte, die ihm angeblich mit dieser Vollmacht ertheilt wurden, so war er nicht Handelsbevollmächtigter im Sinne des Art. 47 HGB. Auf Grund dieser Vollmacht war er nämlich nur berechtigt, für die „Equitable“, Lebensversicherungs-Gesellschaft der Vereinigten Staaten in New-York, Lebensversicherungsanträge entgegenzunehmen, sowie Darangaben für Rechnung der Gesellschaft einzucassiren und darüber rechtsgiltig zu quittiren. Eine solche Voll-

macht kann jedoch auch einem Agenten ertheilt werden, ohne dass er dadurch Handlungsbevollmächtigter wird und der Art. 47 HGB lässt durch die Anwendung des Wortes „Principal“ erkennen, dass ein Abhängigkeitsverhältniss, eine Anstellung im Handelsgewerbe desselben vorausgesetzt wird, welche den Beruf des Betreffenden bildet. Dass dies aber bei ihm der Fall war, behauptet der Geklagte selbst nicht, ja er erklärte, Ober-Inspector der Lebensversicherungs-Gesellschaft „Mutual“ zu sein. Auch leitet er die angebliche Incompetenz dieses Gerichtes nicht aus der Vollmacht vom 28. September 1889, sondern nur aus seiner Stellung als Inspector mit dem von ihm zwar behaupteten, aber nicht erwiesenen Befugnisse ab. Demnach stellt sich die Streitigkeit als eine der Handelsgerichtsbarkeit unterliegende nicht dar, sie gehört vielmehr, da der Geklagte seinen o. Wohnsitz zur Zeit der Klagsanbringung in Wilten hatte, nach § 13 JN zur Competenz dieses Gerichtes, weshalb die Incompetenzeinwendung, ohne die Frage zu beantworten, ob, falls dieser Streit der Handelsgerichtsbarkeit zugewiesen wäre, für die Competenzbestimmung der § 58 JN oder die Ausnahme des § 59 JN massgebend sein würde, als unstatthaft erkannt werden musste.

Ueber Appellation des Geklagten hat die II. J. der Einwendung der Unzuständigkeit des angerufenen Gerichtes stattgegeben, das U. und das vorausgegangene Verfahren aufgehoben und die klagende Gesellschaft mit ihrer Klage an das zuständige HG verwiesen;

in Erwägung, dass die klagende Gesellschaft die Versicherung gegen Prämie betreibt, die Uebernahme von Versicherungen gegen Prämien aber gemäss Art. 271, Z. 3 HGB zu den absoluten Handelsgeschäften gehört und die Klägerin daher, indem sie derlei Geschäfte erwerbsmässig betreibt, als Kaufmann im Sinne des Handelsgesetzes anzusehen ist;

in Erwägung, dass zufolge der von der General-Agentschaft der Gesellschaft dem Geklagten ausgestellten Vollmacht, ddto. 28. September 1889, derselbe, der darin ausdrücklich als Inspector für Tirol und Vorarlberg, somit als ein Angestellter der Gesellschaft bezeichnet erscheint, ermächtigt wurde, für die Gesellschaft Lebensversicherungsanträge entgegenzunehmen, Darangaben für Rechnung der Gesellschaft einzucassiren und darüber rechtsgiltig zu quittiren;

in Erwägung, dass nach dieser Vollmacht der Geklagte unzweifelhaft als ein Handlungsbevollmächtigter in diesem Versicherungsgeschäfte anzusehen ist, weil er im Auftrage der Klägerin Handelsgeschäfte im Versicherungswesen zu betreiben hatte;

in Erwägung, dass nach § 39, Abs. 2 des Einf.-Ges. zum HGB Streitigkeiten zwischen Kaufleuten, was vorliegend die Klägerin ist, und ihren Handlungsbevollmächtigten vor die Handelsgerichtsbarkeit gehören, und dass insbesonders im gegenwärtigen Rechtsstreite aus einer behaupteten Ueberschreitung der ertheilten Vollmacht, also aus dem zwischen

der Klägerin und dem Geklagten bestehenden Rechtsverhältnisse der eingeklagte Anspruch abgeleitet wird, daher das zwischen ihnen bestandene Dienstvertrags- und Rechtsverhältniss zur Beurtheilung kommen muss, was nur dem Handelsgerichte zusteht;

in Erwägung, dass nach § 59 JN an Orten, wo sich ein zur Ausübung der Handelsgerichtsbarkeit bestimmter Gerichtshof I. J. befindet, Streitigkeiten aus Handelsgeschäften nur bei dem Gerichtshofe angebracht werden können.

Ueber den Revisionsrecurs der klägerischen Versicherungs-Gesellschaft hat der OGH die E. II. J. abzuändern und in Festhaltung der Zuständigkeit des BG der II. J. aufzutragen befunden, über die Appellation des Geklagten mit Abstandnahme von der erhobenen Einwendung des Gerichtes zu entscheiden, was Rechtens sein wird;

in der Erwägung, dass der Geklagte nicht in der Stadt Innsbruck, sondern in der Ortschaft Wilten bei Innsbruck seinen o. Wohnsitz hatte, daher nicht die Vorschrift des § 58, sondern jene des § 59 JN zur Anwendung zu kommen hat, nach welcher an Orten, wo sich kein HG oder zur Ausübung der Handelsgerichtsbarkeit bestimmter Gerichtshof I. J. befindet, die dahin gehörigen Streitigkeiten mit Ausnahme derjenigen aus Wechselgeschäften (§ 57, Z. 1 lit. c) auch bei dem zuständigen gewöhnlichen Gerichte, das ist im vorliegenden Falle das BG in Innsbruck, angebracht werden können, indem die BG ausserhalb des Umkreises der Städte, für welche sie nur eine beschränkte Zuständigkeit ausüben, im Sinne der §§ 14 und 15 JN die Gerichtsbarkeit in Streitsachen in gleichem Umfange auszuüben befugt sind, wie jedes andere BG;

in der Erwägung, dass daher die Klage in jedem Falle beim zuständigen Gerichte angebracht wurde.

2840.

Zur Hereinbringung von Gemeindeumlagen sind die Gerichte nicht competent.

E. v. 13. Juli 1892, Z. 7666. — (GH 8 ex 93, Seite 70.)

Anlässig des Schulbaues wurde der Gemeinde F eine Gemeindeumlage bewilligt. Einige der Steuerträger dieser Gemeinde kamen ihren Verpflichtungen nicht pünktlich nach und sah sich dieselbe genöthigt, zur Bestreitung der Baukosten vorläufig Gelder aufzunehmen, welche aus den successive eingehenden Gemeindeumlagen gedeckt werden sollten. Gegen Einen dieser Säumigen überreichte nun die Gemeinde F die Klage auf Zahlung einer Ersatzforderung per 62·20 fl. wegen nicht rechtzeitig eingezahlter Gemeindeumlagen. Diese Klage wurde wegen Incompetenz gemäss § 26 Stim.-Pat. abgewiesen.

Gründe:

Klägerin behauptet, die aus Anlass eines Schulbaues in der Form von erhöhten Umlagen von dem Geklagten als Steuerträger der Gemeinde F, also der Klägerin selbst im Verhältniss zur directen Steuer hereinzubringenden Steuerzuschläge für denselben bezahlt zu haben und spricht nun den Rückersatz auf Grund des § 1042 ABG von demselben an.

Die Hereinbringung von Steuern und Abgaben hat jedoch im Sinne der Landesgesetze vom 5. April 1870, Nr. 34, 25. Februar 1890, Nr. 22 und der Gemeindeordnung vom 31. März 1864 (§ 84), beziehungsweise Landesgesetz vom 6. Mai 1888, Nr. 33 im Wege der politischen Behörden zu erfolgen und sind diesfalls zur E. über etwaige Streitfragen die Gerichte nicht competent.

Der eingeklagte Betrag ist, wie nun Klägerin selbst zugibt, nichts Anderes, als ein Steuerzuschlag, denn nur diesen hat Klägerin von dem Geklagten hereinzubringen. Von einem Ersatze einer für denselben an dritte Personen bezahlten Summe kann umsoweniger die Rede sein, als im Laufe des Processes nur behauptet wurde, dass Klägerin für den Geklagten die Steuerschuldigkeit an die Gemeindecasse bezahlte, somit an sich selbst und nicht an dritte Personen oder an eine andere als juristische Person zu denkende Corporation. Es fehlt somit das wesentliche Merkmal für eine Ersatzforderung im Sinne des § 1042 ABG. Es liegt dies auch in der Natur der Forderung an den Geklagten, da die Klägerin als Gemeinde die ihr von dem Landesausschusse bewilligte erhöhte Umlage für sich selbst einzucassiren berechtigt ist. Es ändert auch an der Natur dieser Forderung der Umstand nichts, dass sie in Folge Nichteinzahlung dieser Umlage genöthigt war, Schulden zu contrahiren, wie die Zeugen angegeben haben, weil die Gemeinde diesfalls keine anderen Ersatzansprüche, als die aus der ursprünglichen Umlageverpflichtung resultirenden Verzugszinsen zu stellen berechtigt erscheint.

Ueber Appellation der Klägerin bestätigte die II. J. dieses U.

Gründe:

Die Klage war aus den erstrichterlichen Gründen und der weiteren Erwägung abzuweisen, dass schon nach den Klagsangaben und auch nach den Ergebnissen des abgeführten Zeugenbeweises kein Zweifel darüber obwalten kann, dass die eingeklagte Forderung rückständige Gemeindeumlagen betrifft, welche nur im administrativen, nicht aber im gerichtlichen Wege eingetrieben werden können, dass auch die erfolgte Anerkennung der Schuld seitens des Geklagten sich nur auf den verrechneten Umlagebetrag, nicht aber auf eine Ersatzleistung bezog, und dass daher im Hinblicke auf dis §§ 1376 und 1379 ABG von einer durch diese Schuldanerkennung eingetretenen Novation keine Rede sein kann, weil weder der Rechtsgrund noch der Hauptgegenstand der Forderung geändert wurde

und weder die von der Gemeinde zur schnelleren Bezahlung der Baukosten aufgenommenen Anlehen, noch die abgesonderte Verrechnung der Baukosten und Errichtung einer besonderen Casse zur Bestreitung derselben den rechtlichen Charakter der eingeklagten Umlageforderung irgendwie alteriren könnte.

Ueber a. o. Revisionsbeschwerde der Klägerin bestätigte der OGH beide untergerichtliche E. mit Hinweis auf deren sachgemässe Begründung.

2841.

Auf Grund einer einseitigen, einen bestimmten Rechtsgrund nicht enthaltenden Eigenthumsübertragungserklärung des grundbücherlichen Eigenthümers kann die grundbücherliche Anmerkung dieser Uebertragung nicht bewilligt werden.

E. v. 13. Juli 1892, Z. 8402. — (Práv. XX ex 92, Seite 691.)
I. BG Jung-Vožic.
II. OLG Prag.

Mittelst Erklärung de dato X am 29. Mai 1891 verpflichtete sich A als Eigenthümerin der einen Hälfte der Mühlrealität Y die zweite Hälfte derselben von ihrer Schwester B zu übernehmen uud ihr für dieselbe den Betrag per 4000 fl. dergestalt auszuzahlen, dass sie auf Abschlag derselben die auf der B'schen Hälfte verbücherten Forderungen der Bezirksvorschusscasse zu O per 1500 fl. und per 1300 fl. zur selbsteigenen Tilgung übernimmt, ferner die Zinsen dieser beiden Forderungen, sowie sie bücherlich sichergestellt sind, ohne jeden Abschlag von der Summe per 4000 fl. abzustatten sich verpflichtet, für den Rest per 1200 fl. jedoch die ganze Mühlrealität als Pfand gibt und denselben bis längstens 1. September 1891 sammt 6 Percent vom 1. Juni d. J. laufenden Zinsen zu bezahlen zusichert. Am Schlusse dieser Erklärung verpflichtet sich ferner die A, im Laufe des Monates Juni d. J. der B eine Urkunde bezüglich aller dieser Verpflichtungen und Lasten auszustellen, und alle mit dieser Ausstellung sowie mit der grundbücherlichen Sicherstellung verbundenen Auslagen, einschliesslich der Percentualgebühr aus Eigenem zu bestreiten. Diese Erklärung erscheint von der A und der B, dann zwei erbetenen Zeugen eigenhändig unterschrieben.

Sub pr. 4. December 1891 überreichte sohin die B bei der I. J. ein Gesuch, worin sie auf Grund der obdargestellten Erklärung das Ersuchen stellte: 1. um Anmerkung der Uebertragung ihres Eigenthumsrechtes zu der einen Hälfte der Mühlrealität Y auf die A; 2. um Anmerkung des Pfandrechtes für jene Restforderung per 1200 fl. sammt 6 Percent Zinsen vom 1. Juni 1891 bis zum Zahlungstage laufend und allen Nebengebühren bis zur Höhe von 200 fl. ob der ganzen Mühlrealität Y.

Die I. J. wies das Begehren zur Gänze ab, weil die besagte Erklärung keinen Rechtstitel zur Uebertragung des Eigenthumsrechtes, sondern um eine persönliche Verpflichtung der A zur Uebernahme der anderen Hälfte von der B enthält (§§ 26 und 36 GG).

Ueber Recurs der B hat die II. J. die angefochtene E. dahin abgeändert, dass die Anmerkung des Eigenthumsrechtes zu der der B zugeschriebenen Hälfte der Mühlrealität Y für die A und die Anmerkung des Pfandrechtes für die Forderung der B per 1200 fl. ob der ganzen Mühlrealität bewilligt, im Uebrigen jedoch der Recurs zurückgewiesen werde, denn: a) die Erklärung de dato 29. Mai 1891 stellt sich als eine in der zu ihrer Giltigkeit erforderlichen Form errichtete Urkunde dar (§ 26 GBG); b) der Rechtgrund zur Anmerkung des Eigenthumsrechtes für die A bietet die Einwilligung der B, welche mittelst ihres Einschreitens de praes. 4. December 1891 erfolgte, und nach § 32 GBG zureichend ist, obwohl sie weder in jener Erklärung, noch in einer eigenen Nachtragsurkunde geschah; c) den Rechtsgrund zur Anmerkung des angeführten Pfandrechtes für die Forderung per 1200 fl. bietet die ausdrückliche Zustimmung der A zu dieser Verpfändung in jener Erklärung, während d) die A in dieser Urkunde keineswegs eingewilligt hat, dass auch die 6 Percent und Nebengebühren bis zur Höhe von 200 fl. bücherlich sichergestellt werden, weshalb der Recurs diesfalls zu verwerfen war.

Ueber den Revisionsrecurs der A hat der OGH die E. I. J. zur Gänze wieder hergestellt, weil im Hinblick auf den Umstand, dass die Urkunde ddto. 29. Mai 1891 blos eine einseitige Erklärung der A ohne bestimmten giltigen Rechtsgrund enthält und auch das Einschreiten der B de praes. 4. December 1891 weder von derselben mit eigener Hand, noch von ihrem etwa ausgewiesenen Bevollmächtigten unterfertigt ist, dem Gesuche mit Rücksicht auf die Bestimmungen der §§ 26, 35 und 36 GBG, dann der §§ 434 und 435 ABG nicht willfahrt werden konnte.

2842.

Die Bestimmungen der Executionsnovelle vom 10. Juni 1887, RGB Nr. 74, wirken zurück.

E. v. 14. Juli 1892, Z. 8374. — (Przegl. IX ex 92, Seite 251.)

I. LG Lemberg.
II. OLG Lemberg.

In der Executionsangelegenheit des A wider B pcto. 64 fl. ordnete der Erstrichter die Erhebung darüber an, ob die laut des Protocolles ddto. 6. April 1885 mit Pfandbeschlag belegten Mobilien kraft der Bestimmungen des § 2 der Exec.-Nov. executionsfrei sind, und sistirte die Feilbietung derselben bis zum Nachweise des erwirkten zweiten Executionsgrades.

Ueber Recurs des A änderte die II. J. die recurrirte E. dahin ab, dass dem Einschreiten des B um Befreiung der in Rede stehenden Fahrnisse von dem Executionsbande keine Folge gegeben und der Absatz des recurrirten B., belangend die Sistirung der Feilbietung, als nichtig behoben werde; denn die oberwähnten Mobilien sind bereits am 3. April 1885 zu Gunsten des früheren Exequenten C gepfändet worden, also bevor noch die Exec.-Nov. in Kraft trat, es kann also § 2 derselben als auf das vom Exequenten C erwirkte Pfandrecht zurückwirkend nicht angesehen werden. Insoferne aber der Schuldner um Abstandnahme von der Execution im Grunde des § 4 cit. ansucht, so erscheint dieses Begehren vor der Abschätzung dieser Mobilien als verfrüht.

Der OGH stellte jedoch die E. I. J. wieder her; denn die aus öffentlichen, volkswirthschaftlichen Rücksichten erlassene Exec.-Nov. vom 10. Juni 1887, RGB Nr. 74, legt allerdings dem Richter die Verpflichtung auf, von Amtswegen darauf zu wachen, dass sie in Ausführung gebracht werde, weshalb die vom Erstrichter angeordnete Erhebung in jedem Stadium der Executionsführung verfügt werden kann und soll.

2843.

Für die Zustellung der durch die §§ 30 und 33 des AG normirten Verständigung genügt die genaue Bezeichnung der Rechtshandlung, deren Anfechtung beabsichtigt wird, und der Forderung, auf deren Grund das Anfechtungsrecht ausgeübt werden soll.

E. v. 19. Juli 1892, Z. 6830. — (GZ 49 ex 92, Seite 394.)

I. BG Königstadtl.
II. OLG Prag.

A hat mittelst Gesuches dem B und C zur gerichtlichen Kenntnissnahme angezeigt, er habe die Absicht, die Wirksamkeit der Abtretung des grundbücherlich sichergestellten Erbtheiles per 700 fl. von B an C anzufechten und begehrt, dass 1. dieses Gesuch dem B und C zugestellt, und 2. das Datum der Zustellung auf den Gesuchsparien und auf der Abtretungsurkunde angemerkt werde.

Die I. J. hat das Gesuch abgewiesen, weil die Vorschrift des § 33 des AG eine bereits bestehende, vollstreckbare oder nicht vollstreckbare Forderung des Anfechtungsberechtigten voraussetzt, im vorliegenden Falle aber die Forderung des A noch streitig ist, da der wegen Bezahlung derselben eingeleitete Process noch anhängig ist.

Die II. J. hat dem Gesuche Folge gegeben, weil es sich vorliegend um eine streitige Rechtsangelegenheit handelt und der Richter nach dem Hofd. vom 6. October 1783, JGS Nr. 197, lit. b, solange das Verfahren noch im Zuge ist, in das Innerliche der Schriften nicht eingehen kann.

In theilweiser Stattgebung des dagegen überreichten Revisionsrecurses des B fand der OGH rücksichtlich des Punktes 1 des Gesuches des A die oberlandesgerichtliche E. zu bestätigen, rücksichtlich des Punktes 2 desselben Gesuches in Abänderung der oberlandesgerichtlichen E. den abweislichen erstrichterlichen B. wieder herzustellen. Hiebei wurde erwogen, dass eine specielle Bezeichnung jenes Absatzes des § 30 AG, gemäss welchem die in der Eingabe bezeichnete Rechtshandlung seinerzeit mittelst Klage anzufechten beabsichtigt wird, im § 33 dieses Gesetzes ausdrücklich nicht vorgeschrieben ist und nach § 33 es sich lediglich darum handelt, dass dem Gläubiger, der eine Rechtshandlung anzufechten beabsichtigt, ein gesetzliches Mittel geboten werde, die im § 30 des obigen Gesetzes für alle daselbst bezeichneten Fälle bestimmte Frist zu erweitern; dass es für die Zustellung der in Frage stehenden Verständigung genügt, wenn in derselben die Rechtshandlung, welche angefochten werden will, und die Forderung, auf Grund deren das Anfechtungsrecht ausgeübt werden soll, genau bezeichnet wird, um seinerzeit die Identität der beabsichtigten mit der späterhin wirklich erfolgten Anfechtung constatiren zu können; dass in der Eingabe des A diesen Erfordernissen entsprochen erscheint; dass die Anmerkung der Verständigung auf der über den zwischen B und C abgeschlossenen Abtretungsvertrag errichteten Urkunde einer Sicherstellung gleichzuhalten ist, die Bewilligung eines Sicherstellungsmittels nach § 46 des AG nur insoferne zulässig ist, als die bestehenden Gesetze dieselbe gestatten, die hiezu erforderlichen Requisite jedoch in der vorliegenden Eingabe nicht dargethan wurden.

2844.

Auch das Zugehör (Schlüssel) einer Nachlasssache (Cassette) kann dem Erben zum Besitze und zur Verwaltung übergeben werden.

E. v. 19. Juli 1892, Z. 8548. — (NZ 41 ex 92, Seite 267.)
I. st.-del. BG Fünfhaus.
II. OLG Wien.

In der Verlassenschafts-Abhandlung nach Katharina B. hat die I. J. dem Johann C. und der Marie D., als auf Grund des erblasserischen Testamentes ddto. 23. November 1891 zum Nachlasse der Katharina B. erbserklärten Erben, gemäss § 810 ABG und § 145 Abhandlungspatent den Besitz und die Verwaltung der in den Nachlass gehörigen, im Inventursprotocolle unter Absatz VI, VII und VIII verzeichneten Kleidung und Wäsche beziehungsweise sonstiger Effecten und Wohnungseinrichtung, endlich des Schlüssels zu der im Inventursprotocolle unter VII verzeichneten Cassette im Werthe von 3 fl., welche Gegenstände mit Ausnahme der letzterwähnten Cassette sich angeblich in Verwahrung des erblasserischen Witwers Georg B. befanden, eingeräumt.

Dem von Georg B. gegen diesen B., insoweit mit demselben den erbserklärten Erben der Besitz und die Verwaltung auch des Schlüssels zu der im Inventursprotocolle unter VII verzeichneten eisernen Cassette eingeräumt wurde, eingebrachten Recurse hat die II. J. keine Folge gegeben und den bezogenen B. in dem in Beschwerde gezogenen Theile bestätigt, weil nicht in Abrede gestellt wird, dass der in Frage stehende Schlüssel zu der im Inventursprotocolle unter VII verzeichneten eisernen Cassette gehöre, somit keinen selbstständigen Verlassenschaftsgegenstand darstelle, vielmehr nur ein Zugehör der bezeichneten eisernen Cassette, welche bereits ihres Inhaltes entleert wurde, bilde, und demnach als Zugehör dieser Cassette zugleich mit dieser selbst gemäss § 810 ABG und § 145 Abhandlungsgesetz den erbserklärten Erben zum Besitze und zur Benützung zu überlassen war.

Den a. o. Revisionsrecurs des Georg B. hat der OGH zurückzuweisen befunden, weil aus den bei der Inventirung des Vermögens gepflogenen Verhandlungen von Seite des Georg B. der Schlüssel der gedachten Cassette nie als sein Eigenthum erklärt, sondern immer nur als in seiner Verwahrung befindlich bezeichnet wurde, und es einer besonderen Verzeichnung dieses Schlüssels in dem Inventar nicht bedurfte, indem derselbe kein für sich bestehendes Vermögensobject, sondern eine zum Gebrauche der Cassette (die unstreitig in die Verlassenschaft gehört) dienende Nebensache bildet (§ 294 ABG), daher mit Recht von den Untergerichten den erbserklärten Erben in Gemässheit des § 810 ABG und § 145 des Abh.-Pat. der Besitz dieses Schlüssels eingeräumt worden ist. Die Voraussetzungen des § 16 des bezogenen kais. Patentes zur Abänderung gleichförmiger E. der Untergerichte liegen demnach nicht vor.

2845.

Die Rückstellung eines rechtzeitig überreichten Ueberbots-Gesuches zur Behebung formaler Mängel gegen Wiedervorlage desselben in einer bestimmten Frist ist statthaft.

E. v. 19. Juli 1892, Z. 8578. — (Práv. XVIII ex 92, Seite 628.)

I. BG Eisenbrod.

II. OLG Prag.

Bei der zweiten in der Executionssache des A gegen B pcto. 1650 fl. s. N. G. vorgenommenen Feilbietungstagfahrt erstand die C die versteigerten sechs Grundstücke des B um den Meistbot per 390 fl., welcher zwei Drittel des Schätzwerthes per 1166 fl. nicht erreichte. Sub praes. 4. April 1892 überreichte D rechtzeitig im Sinne des § 10 der Exec.-Nov. ein Ueberbotsgesuch, in welchem er ein Fünftel über den Meistbot mehr anbot und unter Einem die Caution mit 78 fl. zu Gericht erlegte, welche er sub präs. 6. April 1892 — am 16. Tage nach der Feilbietung — auf den Betrag von 94 fl. ergänzte.

Da aus dem Ueberbotsgesuche nicht klar hervorging, wie viel eigentlich D im Ganzen anbiete, wurde ihm dasselbe am 6. April behufs der bezüglichen Aufklärung gegen Wiedervorlage binnen drei Tagen rückgestellt, widrigens dasselbe als verspätet angesehen würde. Sub praes. 11. April 1892 reproducirte D das Gesuch mit der Ergänzung, dass er das Ueberbot mit 468 fl. anbiete, und wurde sohin dasselbe seitens der I. J. nach § 13 cit. angenommen.

Ueber Recurs der Ersteherin C hat die II. J. die recurrirte E. bestätigt, weil das Ueberbotsgesuch, worin ausdrücklich um ein Fünftel über das vorerzielte Meistbot mehr angeboten wurde, binnen der vorgeschriebenen 14tägigen Frist, somit dem § 10 cit. entsprechend überreicht wurde, überdies durch die Bestimmung des § 11 cit. bezüglich der Frist von 14 Tagen eine Rückstellung des Gesuches zur Behebung eines formalen Mangels nicht ausgeschlossen erscheint. Dass aber der Ueberbieter sub präs. 4. April d. J. die Caution aus offenbarem Irrthum mit dem Betrage per 78 fl. — d. h. mit dem Betrage jenes Fünftels, um welches er den Kaufpreis erhöhte, statt mit dem Fünftel des ganzen Ueberbotes per 468 fl., daher mit der richtigen Summe per 83·60 fl. erlegte und diese Caution sub pr. 6. April durch Deponirung von weiteren 10 fl. ergänzte, kann nicht als Abweisungsgrund dienen, weil ihm mit der E. vom 6. April d. J. das Gesuch zur Reproducirung binnen 3 Tagen rückgestellt und diese Frist eingehalten wurde.

Den a. o. Revisionsrecurs der C wies auch der OGH wegen Abganges der Erforderniss des Hofd. vom 15. Februar 1833 JGS, Z. 2593, zurück, weil insbesondere die Rückstellung des in der Wesenheit dem § 10 cit. entsprechenden Ueberbotsgesuches zur Verbesserung wegen eines blos nebensächlichen Formmangels auf kurze Zeit durch die Bestimmung des § 11 cit. nicht ausgeschlossen ist, indem hiedurch eine Verlängerung der Frist zur Einreichung des Ueberbotes nicht eintrat.

2846.

Durch die von einem Gläubiger erwirkte Sequestration der Einkünfte einer Realität kann der Abführung der Interessen von den auf dieser Realität sichergestellten Capitalien auch dann kein Abbruch geschehen, wenn für diese Capitalien die executive Sequestration nicht erwirkt wurde.

E. v. 19. Juli 1892, Z. 8749. — (GZ 52 ex 92, Seite 416.)
I. BG Podersam.
II. OLG Prag.

In der Executionssache des A gegen B hat die I. J. bei der Vertheilung des erzielten Erlöses der executiven Sequestration die dreijährigen Zinsen der Hypothekarforderung des C zugewiesen, weil diese Zinsen aus

den Meistboten für die Realitäten des B leer ausgegangen sind, weil dieselben zur Zeit der Legung der Sequestrationsrechnung bereits fällig waren und vor den übrigen aus dem Sequestrationserlöse zugewiesenen Forderungen den bücherlichen Vorrang geniessen, weil ferner durch die von einem Gläubiger erwirkte Sequestration der Einkünfte einer Realität der schuldigen Abführung der Interessen von den auf die sequestrirte Realität bereits früher sichergestellten Capitalien nicht der mindeste Abbruch geschehen kann, sondern solche Interessen auch von dem Sequester nach Ordnung der Priorität der Capitalien abzuführen sind und der Sequestrationswerber seine Rechte nur insoweit geltend machen kann, als von den Einkünften des sequestrirten Gutes nach Abzug der Interessen der auf demselben sichergestellten Capitalien etwas erübrigt (Hofd. vom 12. October 1790, JGS Nr. 63), weil ferner die Hofd. vom 6. Mai 1814, JGS Nr. 1085, und vom 20. Jänner 1834, JGS Nr. 2638, ausdrücklich verordnen, dass jeder Sequester sich in Hinsicht der Verwendung der Einkünfte des sequestrirten Gutes nach Massgabe des eben citirten Hofd. zu benehmen hat, weil durch die Sequestration die grundbücherlichen Rechte der Gläubiger nicht berührt und verändert werden, daher die Zuweisung der fälligen Zinsen von der den bücherlichen Vorrang vor den übrigen angemeldeten Forderungen geniessenden Forderung des C aus dem Sequestrationserlöse begründet ist.

Das OLG hat über den Recurs des Hypothekargläubigers D den erstrichterlichen B. dahin abgeändert, dass jene Zinsen übergegangen werden; denn das an einer Sache erworbene Pfandrecht erstreckt sich auf deren Früchte nur insolange, als diese noch nicht abgesondert oder bezogen sind (§ 457 ABG) und derjenige Gläubiger, welcher auf Früchte und Gefälle die Execution führen will, hat nach Massgabe des § 320 AGO anzusuchen um die Ertheilung des Pfandrechtes darauf und um die Bewilligung, dass zum Zwecke der Erwerbung des Pfandrechtes auf die Früchte der Spruch oder Vertrag, falls die Früchte eines liegenden Gutes in die Execution gezogen werden wollen, bei der Landtafel, dem Stadt- und Grundbuche vorgemerkt, und ein Semester zur Einhebung der Früchte oder Gefälle aufgestellt werde. Auf den zu vertheilenden Betrag, welcher das Ergebniss der Executionsführung auf die Früchte darstellt, haben demnach die Hypothekargläubiger, welche ein Begehren um executive Sequestration gar nicht gestellt haben, sohin mit einem Begehren um Execution im Sinne des § 320 AGO gar nicht aufgetreten sind, überhaupt keinen Anspruch, und ist darum ihr, erst in dem über die Berechnung des zu vertheilenden Erlöses der Sequestrationsprotocolle etwa gestelltes Begehren abzuweisen. Daran vermag die Berufung auf die Bestimmungen des Hofd. vom 12. October 1790, JGS Nr. 63, nichts zu ändern; denn die darin enthaltene Vorschrift für den Sequester, die Interessen der bereits früher vorgemerkten Capitalien nach Ordnung ihrer Priorität abzu-

führen, ist lediglich eine Consequenz des im § 296 AGO für die Geschäftsführung des Sequesters aufgestellten Grundsatzes, die sequestrirte Sache oder Gerechtsame als ein guter Hauswirth zu besorgen, begründet allenfalls eine obligatorische Verpflichtung des Sequesters den betreffenden Hypothekargläubigern gegenüber, denen ja auch das Recht, die Sequestrationsrechnung zu bemängeln, nicht verwehrt ist, hat jedoch keineswegs die Constituirung eines Pfandrechtes an den fructus separati zu Gunsten der Hypothekargläubiger zur Folge, welche sich um die Erlangung eines solchen Pfandrechtes gar nicht bemüht haben und kommt daher hier, wo es sich um die Befriedigung aus der Realisirung dieser Pfandrechte handelt, nicht weiter in Betracht. Uebrigens müsste die Zuweisung von dreijährigen Zinsen aus den Ergebnissen einer mit der executiven Feibietung der gesammten Realitäten ihr Ende erreichenden Sequestration auch in dem Falle als ganz unstatthaft erscheinen, wenn die Vorschrift des oben bezogenen Hofd. bei der E. der Frage nach dem Vorrange der auf die fructus separati erwirkten Pfandrechte für massgebend erachtet werden könnte.

Der OGH hat den erstrichterlichen B. aus dessen richtigen, im Hofd. vom 12. October 1790, JGS Nr. 63, ihre Rechtfertigung findenden Gründen wieder hergestellt.

2847.

Die Berichtigung einer Assecuranzprämie ist als eine zur Erhaltung der Executionsmasse gemachte Auslage anzusehen und ist in analoger Anwendung des § 31 der CO aus dem Meistbote einer Realität in vorzugsweiser Rangordnung zuzuweisen.

E. v. 19. Juli 1892, Z. 8629. — (GH 11 ex 92, Seite 96.)

I. KG Brüx.
II. OLG Prag.

Mit dem B. der I. J. betreffend die Vertheilung des Meistbotes für die in der Executionssache der Firma A gegen die Firma B veräusserten Zuckerraffinerie wurde die von dem Pfandgläubiger C angemeldete Assecuranzgebühr von 140·41 fl., welche er für die veräusserte Raffinerie berichtigt hatte, gegen den Protest der Exequentin und ersten Pfandgläubigerin A in vorzugsweiser Rangordnung aus dem Meistbote zugewiesen, weil die in bevorzugter Rangordnung angemeldete Assecuranzgebühr dem Feibietungsobjecte und insbesondere der Firma A als erster Pfandgläubigerin zu Gute gekommen ist.

Ueber den Recurs der Firma A wurde von der II. J. diese E. dahin abgeändert, dass die Zuweisung der besagten Assecuranzgebühr in der Vorzugsrangordnung zu entfallen habe und C mit dem bezüglichen Begehren abgewiesen werde; weil der in Rede stehenden Assecuranzgebühr, wenn-

gleich sie zur Aufrechthaltung der Versicherung des Feilbietungsobjectes gegen Feuersgefahr verausgabt worden ist, dennoch die rechtliche Natur einer Massaschuld im Sinne der §§ 28 und 29 CO nicht vindicirt werden kann und die Berichtigung derselben dem Gesuchsteller keineswegs das Recht einräumt, die Befriedigung dieses seines Anspruches aus dem Meistbote in der Vorzugsordnung zu erlangen, zumal wenn erwogen wird, dass die Versicherung nicht auf einer gesetzlichen Vorschrift, sondern auf einem Vertrage beruht und kein Gesetz den Beiträgen an private Brandschaden-Versicherungsgesellschaften solche Pfandvorzugsrechte, wie sie den Steuern und öffentlichen Concurrenzbeiträgen zustehen, einräumt, ausserdem aber C, wie er nicht in Abrede zu stellen vermag, bei der Berichtigung dieser Gebühr auch die Wahrung seines eigenen Interesses als Pfandgläubiger in der in Execution gezogenen Realität im Auge hatte.

Dem Revisionsrecurse des C wurde vom OGH stattgegeben und in Abänderung der oberlandesgerichtlichen E. der erstrichterliche B. wieder hergestellt, weil die Berichtigung der Assecuranzgebühr als eine mit der Erhaltung der Executionsmasse verbundene Auslage anzusehen ist, sohin nach § 29 I, lit. c. CO zu den Massakosten und gemäss § 31 CO zu jenen Massaschulden gehört, welche aus dem Meistbote für eine Liegenschaft vorzugsweise zu berichtigen sind, diese gesetzlichen Bestimmungen auch ausserhalb des Concurses analoge Anwendung finden und hieran der Umstand, dass der Recurrent als Hypothekargläubiger zugleich im eigenen Interesse gehandelt hat, nichts zu ändern vermag.

2848.

Das auf die invecta und illata dem Vermiether eingeräumte Pfandrecht wird erst durch die Ueberreichung der Klage rechtswirksam.

E. v. 19. Juli 1892, Z. 8774. — (GH 43 ex 92, Seite 361.)

Die I. J. hat bei der Vertheilung des Meistbotes für die in der Executionssache des A gegen B veräusserten Fahrnisse die seitens des C angemeldete Miethzinsforderung in privilegirter Rangordnung zugewiesen; in Erwägung, dass einer zur Zeit der Feilbietung bestehenden Miethzinsforderung das gesetzliche Pfandrecht nach § 1101 ABG auf die während der Dauer der Execution in die Wohnung des Executen eingebrachten Fahrnisse ohne Rücksicht auf die Einbringung der Zinsklage und auf die pfandweise Beschreibung zu Statten kommt und dieselbe den Vorzug vor den übrigen Pfandrechten geniesst, weshalb auch die angemeldete Miethzinsforderung des C in privilegirter Rangordnung auf den Meistbot zu weisen war.

Die II. J. hat diese Zuweisung bestätigt, weil nach dem Hofd. vom 10. April 1837, JGS Nr. 189, das im § 1101 ABG dem Vermiether eingeräumte gesetzliche Pfandrecht auf die Einrichtungsstücke und Fahrnisse

schon durch deren Einbringung in die vermiethete Wohnung begründet und von diesem Zeitpunkte an wirksam war, daher C rücksichtlich des am 1. August 1891 fälligen Miethzinses für die dem B vermiethete Wohnung schon am 1. August 1891 das gesetzliche Pfandrecht auf die in dieser Wohnung befindlichen Sachen besass, woraus folgt, dass bei Vertheilung des für diese Sachen am 18. August und 1. September 1891 erzielten Erlöses obige Miethzinsforderung vor den gemeinrechtlichen Pfandforderungen berücksichtigt werden musste.

Der OGH hat die untergerichtlichen E. abzuändern und zu verfügen befunden, dass der Betrag der Miethzinsforderung des C dem nachfolgenden Pfandgläubiger zugewiesen werde. Diese E. stützt sich auf nachstehende Erwägung:

Wenn auch nach Hofd. vom 10. April 1837, JGS Nr. 189, das dem Vermiether eingeräumte Pfandrecht auf die Einrichtungsstücke und Fahrnisse schon durch die Einbringung in die Wohnung begründet wird, so bestimmt doch der § 1101 ABG, dass sich dasselbe nur auf jene erstreckt, welche zur Zeit der Ueberreichung der Klage noch in der Wohnung, rücksichtlich im Hause befindlich sind. Da aber C die Zinsklage erst, nachdem die fraglichen Gegenstände schon feilgeboten und aus dem Hause entfernt waren, somit verspätet überreicht hat, so ist das Pfandrecht erloschen, und er konnte daher dasselbe bei der Vertheilung des Meistbotes dem nachfolgenden Pfandgläubiger, der in diesem Falle Anspruch auf Befriedigung seiner angemeldeten Forderung hat, mit Erfolg nicht entgegensetzen.

2849.

Trifft das Löschungsgesuch zugleich mit dem Gesuch um Pfandrechtseinverleibung zusammen, so sind beide, letzteres jedoch mit dem Beisatze des § 51 GBG, zu bewilligen.

E. v. 20. Juli 1892, Z. 8408. — (NZ 49 ex 92, Seite 314.)

I. BG Görkau.
II. OLG Prag.

Auf der den Eheleuten Josef und Theresia T. gehörigen Realität C.-Nr. 17 in U haftete unter O. Z. 34 zu Gunsten des Carl S. eine Forderung von 105 fl. s. N.-G.

Am 4. Februar 1892 sind gleichzeitig mit der Post bei der II. J. eingelangt: das Requisitionsschreiben des KG in Brüx vom 30. Jänner 1892, Z. 940, um Einverleibung des executiven Pfandrechtes auf obige Forderung zu Gunsten des Ferdinand W. rücksichtlich einer Forderung von 100 fl. s. N.-G. und das Gesuch der Eheleute Josef und Theresia T. um Löschung der Hypothekarforderung des Carl S. auf Grund der von diesem ausgestellten, vom 4. Mai 1890 datirten Quittung.

Die I. J. hat den Vollzug der dem Ferdinand W. vom KG in B. wegen einer Forderung von 100 fl. s. N.-G. bewilligten Einverleibung des executiven Pfandrechtes auf die für Carl S. auf der Realität C.-Nr. 17 in U. haftende Forderung per 105 fl. und über das gleichzeitig eingelangte Einschreiten der Eheleute Josef und Theresia T. die Löschung dieser Forderung des Carl S., beides jedoch mit der Anmerkung bewilligt, dass beide Eintragungen in gleicher Rangordnung stehen und insolange als bestehend angenommen werden, als nicht der eine oder der andere Theil ein stärkeres Recht darzuthun vermöchte.

Ueber den Recurs des Ferdinand W. hat die II. J. den angefochtenen B. dahin abgeändert, dass die Einverleibung der Löschung der Hypothekarforderung des Carl S. per 105 fl. s. N.-G. nur mit dem Beisatze des § 51, Abs. 1 GBG, nämlich mit dem Beisatze, dass die Rechtskraft dieser Löschung in Ansehung des Afterpfandrechtes hinsichtlich der 100 fl. s. N.-G. erst mit dessen Löschung einzutreten hat, bewilligt wird. Dagegen wurde der Recurs der Eheleute Josef und Theresia T. gegen obige B. unbedingt abgewiesen; weil gemäss § 93 GBG der Zeitpunkt, in welchem ein Ansuchen beim Grundbuchsgerichte einlangt, für die Beurtheilung desselben massgebend ist, und weil vorliegend in diesem Zeitpunkte die Forderung des Carl S. von 105 fl. s. N.-G. als bereits mit dem Afterpfandrechte für die Forderung des Ferdinand W. von 100 fl. s. N.-G. behaftet anzusehen und daher die Löschung der Forderung des Carl S. von 105 fl. s. N.-G. zu bewilligen war.

Dem Revisionsrecurse der Eheleute Josef und Theresia T. hat der OGH keine Folge zu geben befunden; dies in der Erwägung, dass beide Untergerichte die Einverleibung des Afterpfandrechtes ungeachtet des gleichzeitig eingelangten Gesuches um Löschung der Hypothekarforderung für zulässig erkannt und bewilligt haben, in Folge dieser gemäss § 130 Al. 1 des Gesetzes vom 25. Juli 1871, RGB Nr. 95, was die Revisionswerber selbst anerkennen, keinem weiteren Rechtszuge unterliegenden Einverleibung aber die Löschung der Hypothekarforderung nur mit der vom OLG beigefügten Beschränkung des § 51 Al. 1 obigen Gesetzes bewilligt werden konnte.

2850.

Das Begehren um Gerechtfertigthaltung des Erlags der Schuldforderung ist bei dem Erkenntniss- und nicht bei dem Vollzugsgericht anzubringen.

Cassations-E. v. 20. Juli 1892, Z. 8529. — (Práv. II ex 91, Seite 68.)

I. BG Raudnitz.
II. OLG Prag.

Im Grunde der Zahlungsauflage des KG zu L. ddto. 8. Jänner 1889 erwirkte A ob der Realität X des B das executive Pfandrecht peto. der

Forderung per 3499 fl. sammt 6 Percent Zinsen und N.-G., und setzte sohin die Execution fort, worauf B behufs Vorbeugung der executiven Feilbietung die exequirte Forderung ammt allem Zugehör im Gesammtbetrage per 4014 fl. zu Gericht erlegte, zumal auch betreff Unwirksamkeitserklärung der gedachten Forderung Anfechtungsprocesse im Zuge waren. Sohin überreichte B wider A die Klage auf Gerechtfertigthaltung des Erlags der deponirten Forderung s. N.-G. und Erklärung der Erlöschung des Executionsrechtes der A auf die besagte Realität pcto. dieser Forderung. Die I. J. ordnete über diese Klage eine Tagfahrt zur mündlichen Verhandlung nach § 29 AGO an.

Gegen den diesbezüglichen B. überreichte A die Nichtigkeitsbeschwerde mit der Begründung, dass das Hauptbegehren der Klage auf Erlöschung der Executionsrechte abziele, der I. Grad der bezüglichen Execution jedoch im vorliegenden Falle vom KG zu L. bewilligt wurde, mithin nur Letzteres nach § 71 JN zur E. dieses Strittes competent sei.

Die II. J. wies diese Nichtigkeitsbeschwerde zurück, weil im Hinblicke darauf, dass die I. J. die executive Schätzung der in Execution gezogenen Realität bewilligte und vollzogen hat, dass sie ferner auch schon die executive Feilbietung wegen der Forderung per 3489 fl. s. N.-G. bewilligt und hiedurch nach § 51 JN Acte der Realgerichtsbarkeit vorgenommen, weiters aber auch mittelst E. die exequirte Forderung s. N.-G. in dem Gesammtbetrage per 4014 fl. ad depositum angenommen hat, die Unzuständigkeit des Erstrichters zur Durchführung des mittelst der besagten Klage eingeleiteten Rechtstreites nicht offenbar ist und für denselben kein zureichender Grund bestand, diese Klage nach § 1 JN wegen offenbarer Unzuständigkeit a limine zurückzuweisen.

Dem a. o. Revisionsrecurse des A willfahrend, hat der OGH die Klage nach § 1 JN ab- und an das zuständige Gericht gewiesen und zwar in der Erwägung, dass mit dieser Klage auf Grund der Behauptung, es sei die Forderung des Gegners in Folge des gehörigen Erlages zu Gericht getilgt, das E. angestrebt wird, das Executionsrecht des Belangten sei durch der Zahlungsauflage des KG zu L. ddto. 8. Jänner 1889 nachgefolgte Thatsachen erloschen (§ 2 des Hofd. vom 22. Juni 1836, JGS Nr. 145), dass um dieses E. nach § 71 JN blos bei jenem Gerichte angesucht werden kann, welches den 1. Executionsgrad bewilligt hat, diese Bewilligung jedoch mittelst E. des KG zu L. ddto. 18. Jänner 1889 erfolgte, daher der Erstrichter zur E. über diese Klage offenbar unzuständig erscheint.

2851.

Wenn der Schuldner von zwei Seiten bezüglich einer und derselben Forderung in Anspruch genommen wird, so ist dies ein wichtiger Grund im Sinne des § 1425 ABG, den geschuldeten Betrag gerichtlich zu hinterlegen.

E. v. 21. Juli 1892, Z. 8417. — (GH 38 ex 92, Seite 323.)

Kläger B begehrte als Cessionär der M vom Beklagten S die Bezahlung von 100 fl., welche letzterer ausdrücklich zugesteht, von der M dargeliehen erhalten zu haben. Die Cession ist durch Zeugen erwiesen und ebenso der Umstand, dass der bei derselben anwesende Beklagte hievon Kenntniss genommen habe.

Auf Grund dieser Sachlage und in der Erwägung, dass die Einwendung des Beklagten, die M habe jene ihre Darlehensforderung an ihn der A legirt und dieselbe daher nicht mehr dem Kläger cediren können, nicht stichhältig sei, weil die Legatarin A schon vor der B gestorben, mithin das Legat erloschen war; in der Erwägung, dass der Beklagte durch Deponirung des Betrages per 100 fl. sich jeder weiteren Verpflichtung mit nichten entledigt habe, da er die Nothwendigkeit dieser Deponirung nicht im Sinne des § 1425 ABG erwiesen habe, mithin dieselbe der Zahlung nicht gleichkommt, hatte der Erstrichter dem Klagebegehren auf Zahlung der 100 fl. stattgegeben.

Die II. J. wies das Begehren ab mit folgender

Begründung:

Auf den Betrag von 100 fl. erheben der Kläger und die Eltern der A, als deren Erben, Anspruch; da nun ein und derselbe Betrag von zwei Seiten in Anspruch genommen wurde und der wahre Gläubiger unbekannt ist, so sei dem Beklagten nichts übrig geblieben, als die Schuld gerichtlich zu deponiren. Die Frage, welcher von beiden Theilen auf das Depositum ein besseres Recht habe, sei zwischen ihnen, nicht aber zwischen den heutigen Processparteien auszutragen. Nachdem der Kläger aus dem gerichtlichen Depositirungsgesuche über die Sachlage aufgeklärt und im Laufe des Rechtsstreites aufgefordert wurde, den Streit bezüglich des Depositums mit den Eheleuten A auszutragen, er aber dieses entschieden verweigerte, stellte sich die Fortsetzung des heutigen Rechtsstreites als vollkommen unbegründet dar und musste das Klagebegehren abgewiesen werden.

Der OGH bestätigte das obergerichtliche U. aus dessen Gründen und weiters in der Erwägung, dass die Eheleute A mit der Klage vom 27. März 1890, also vor der über die Klage des heutigen Klägers B anberaumten Tagsatzung ihre Ansprüche auf den von Letztern klagbar geforderten Darlehensbetrag von 100 fl. geltend gemacht haben, Beklagter

mithin von zwei Seiten um Zahlung des nämlichen Schuldbetrages belangt wurde und er, wenn er auch anlässlich der Cession von Seite der M den Kläger als seinen neuen Gläubiger anerkannte, nicht berechtigt war, darüber zu entscheiden, wessen Anspruch als rechtswirksam angesehen werden müsse, dass er demnach wichtige Gründe im Sinne des § 1425 ABG gehabt hat, den geschuldeten Betrag gerichtlich zu hinterlegen und er diesen Erlag auch vor der erwähnten Tagsatzung mit der gegen beide Forderungsprätendenten gerichteten Eingabe vom 9. April 1890 effectuirt hat.

2852.

Auch der Hauseigenthümer beziehungsweise Vermiether kann sich einer Störung der Besitzrechte des Miethers schuldig machen.

Cassations-E. v. 26. Juli 1892, Z. 8119. — (Przegl. IX ex 92, Seite 255.)

A hatte in dem Hause der B eine Wohnung im 1. Stocke gegen Zahlung eines vierteljährigen Miethzinses inne, welcher am 15. eines jeden ersten Monats des beginnenden Quartals zu entrichten war. Als A am 15. Jänner 1892 den Quartalzins der B entrichtete, erklärte er, das innehabende Quartier am 1. März d. J. in Folge seiner Transferirung aufgeben zu müssen und stellte das Ersuchen, von seiner Mieth- und Zinspflicht mit dem gedachten Tage entbunden zu werden. B ging jedoch hierauf nicht ein, worauf A den ganzen entfallenden Quartalzins bezahlte mit dem Beifügen, dass, obwohl er am 1. März übersiedle, er dennoch die Schlüssel der Wohnung behalten und erst am 15. April übergeben werde, was er auch ausführte. Allein schon am nächsten Tage, nachdem A aus der Wohnung weggezogen war, wurde dieselbe geöffnet und Herstellungen in ihr vorgenommen, insbesondere eine vorher zugemauerte Eingangsthür vom Corridor aus aufgebrochen. Als hievon A Meldung erhielt, versiegelte er die bisherige Eingangsthüre zur Wohnung und constatirte am folgenden Tage das Abreissen des Siegels, wie auch die Fortsetzung der Herstellungen in seiner Wohnung, und brachte wider B die Besitzstörungsklage ein. Bei dem vorgenommenen gerichtlichen Augenscheine wurde in der That die stattgehabte Siegelverletzung und die Aufbrechung der obgedachten, vordem zugemauert gewesenen zweiten Eingangsthür verificirt, worauf die B die Erklärung abgab, sie wisse nicht, wer diese letztere Thür aufgebrochen und das Siegel abgerissen habe; sie habe zwar beim Vorübergehen in das zweite Stockwerk die aufgebrochene Thür und das abgerissene Siegel gesehen, allein weder das Eine noch das Andere selbst verfügt.

Die I. J. wies hierauf die Klage zurück, weil, wenngleich die B die ihr als Besitzstörung imputirten Handlungen wirklich gesetzt hätte, diese Acte dennoch keine Störung involviren, da sie den A in dem ideellen Ge-

brauche der Wohnung, als welcher doch die Absperrung einer verlassenen Wohnung und das Tragen der Wohnungsschlüssel bei sich erscheint, nicht behindert habe.

Die II. J bestätigte diese E. aus den angezogenen Gründen und mit dem Beifügen, dass, wenngleich die B etwa mit Benützung eines zweiten Schlüssels in die Wohnung eingetreten wäre, sie dennoch in keiner Weise an Tag gelegt habe, dass sie den A in dem Rechte, die Wohnung neuerlich zu beziehen oder mit derselben zu verfügen, stören wolle.

Ueber a. o. Revisionsrecurs des A hat der OGH der Besitzstörungsklage in vollem Umfange stattgegeben; denn nachdem A der B erklärt hatte, dass er die Wohnung bis zum 15. April d. J. für sich behalte, dieselbe sohin absperrte und die Wohnungsschlüssel mit sich nahm, befand er sich bis zum gedachten Tage im factischen Besitze derselben, und da B zugesteht, beim Vorübergehen auf der Stiege in den zweiten Stock gesehen zu haben, dass die Thür zu dieser Wohnung geöffnet sei, so ist die Möglichkeit ganz ausgeschlossen, dass diese Störungsacte ohne ihr Wissen bewirkt worden wären.

2853.

Die dreissigtägige Frist zur Besitzstörungsklage beginnt erst nach erlangter Kenntniss des Thäters zu laufen.

E. v. 26. Juli 1892, Z. 8748. — (GH 50 ex 92, Seite 424.)

Die Klage der A gegen die B wegen Besitzstörung, weil die Letztere oder mit ihrer Zustimmung irgend Jemand Anderer am 7. Jänner 1891 Abends, von den Räumlichkeiten ihres Hauses aus, in der hinteren Mauer des von der Klägerin besessenen und benützten, unter dem Thoreingange ihres Hauses Nr.-C. 474 in E gelegenen Kellers durch Auskratzen und Anbohren des Mörtels Ziegel gelockert und herausgezogen, sowie Löcher gebohrt, mit einem als Werkzeug benützten Eisenstabe die Mauer des klägerischen Kellers durchbohrt und diesen Eisenstab in den Luftraum des klägerischen Kellers eingeführt, und auf diese Art die Klägerin in dem letzten factischen und ruhigen Besitze dieses Kellers gestört habe, wurde von den beiden unteren Instanzen abgewiesen, weil der Beweis nur bezüglich des Störungsfactums, nicht aber betreffs der — directen oder indirecten — Betheiligung der Geklagten erbracht worden sei.

Die II. J. begründete diese E. folgendermassen:

Es ist der Klägerin nicht gelungen, den gerichtsordnungsmässigen Beweis darüber zu erbringen, dass sich die Geklagte der ihr in der Klage angeschuldeten Besitzstörung wirklich schuldig gemacht habe, da der durchgeführte Zeugenbeweis insoferne misslungen ist, dass jeder der Zeugen nur einzelne Umstände bestätigt, aber der Beweis über das Ganze der Klagsanführungen nicht hergestellt ist, da nicht erwiesen erscheint,

dass Geklagte selbst oder Jemand über ihren Auftrag die in der Klage behaupteten Besitzstörungshandlungen verübt habe.

Der OGH hat dem a. o. Revisionsrecurse der Klägerin stattgegeben, die gleichlautenden untergerichtlichen E. abgeändert und dem Klagebegehren gemäss erkannt.

Gründe:

Durch die Aussage mehrerer Zeugen, durch den unter Beiziehung von Sachverständigen vorgenommenen gerichtlichen Augenschein und durch die Zugeständnisse der Geklagten ist erwiesen, dass die Klägerin seit einer Reihe von Jahren einen unterhalb des der Geklagten gehörigen Hauses gelegenen Keller, in welchen der Zugang nur aus dem angrenzenden, der Klägerin gehörigen Hause führt, welchen die Letztere allein unter Sperre hält, und zu welchem insbesondere die Geklagte aus ihrem Hause keinen Zugang hat, derart ungestört ausschliesslich besitzt und benützt, dass sie in denselben ihre Biervorräthe gelagert, und an dessen Wänden mannigfache, zum Wirthshausbetriebe gehörige Gegenstände und Vorräthe, auch Gasleitungsröhren u. s. w. aufgehängt, beziehungsweise angebracht hat.

Dieser Keller, welcher von einem weiteren, der Geklagten gehörigen, nur aus ihrem Hause Nr.-C. 474 zugänglichen Keller durch eine Zwischenwand, beziehungsweise Zwischenmauer getrennt ist, ist sonach thatsächlich der Besitzsphäre der Klägerin einverleibt und allen fremden Besitzhandlungen, namentlich von Seite der Geklagten, entzogen. Marie R., welche als Kellnerin bei der Klägerin bedienstet ist, gibt nun eidlich an, dass, als sie am 7. Jänner 1891, zwischen 7 und 8 Uhr Abends mit dem Kellermeister Adam M. und dem Kellner Johann S. sich in dem Keller der Klägerin befunden habe, sie plötzlich aus dem Keller der Geklagten ein Geräusch vernahm, und als sie zu der erwähnten Zwischenmauer näher traten, sah sie, dass aus dieser Mauer Mörtel in den Keller der Klägerin herabfalle, und dass aus dieser Mauer ein eisernes Stäbchen durchgebohrt werde. Auch Johann S. als Zeuge gibt eidlich an, dass er damals an jener Zwischenmauer durch längere Zeit raspeln hörte, dass er wahrnahm, dass sich Jemand im Keller der Geklagten gerührt habe, dass er sah, dass Mörtel aus dieser Wand heraus und auf den Boden gefallen ist. Endlich bestätigt auch der Zeuge Adam M. eidlich, dass er damals ein Geräusch hörte, als wenn in der Zwischenmauer gebohrt würde. Er sah auch Mörtel aus dieser Mauer auf den Boden fallen, und dass aus derselben ein eiserner Stab hervordrang und hin- und hergeschoben werde, wobei auch Mörtelstaub heruntergefallen ist. Der Zeuge sprang sofort auf ein Fass hinauf, rutschte dabei jedoch aus und verletzte sich. Er machte schnell der Klägerin die Mittheilung, schickte um die Polizei und als er sofort wieder in den Keller hinunter kam, bemerkte er wieder an einer

anderen Stelle, dass an derselben gebohrt und gekratzt wurde. Als nach einer Weile die Polizei kam, hörte er die Tochter der Geklagten rufen: „Mutter, die Polizei!"

Von den sofort erschienenen städtischen Polizeiwachmännern Georg O. und Josef B. bezeugt Erstgenannter unter Eid, dass sie die zu dem Keller der Geklagten führende Thür angelehnt fanden, dass irgend ein Mädchen und die Tochter der Geklagten die Letztere verleugneten, vorgebend, sie sei ausgegangen. Da aber die Tochter sofort „Mutter!" rief und in den Keller ging, folgten sie ihr sogleich dahin nach. Sie trafen in dem mit einer Kerze erleuchteten Keller die Geklagte allein an. An der Zwischenmauer stand ein niederer Sessel, auf welchem ein Brett lag, auf einen Haufen Erdäpfel gestützt. Auf selbem befand sich frischer Mörtel mit Staub und Bröckeln. Zeuge hebt hervor, dass der Mörtel frisch war, dass er dies gut verstehe, weil er selbst Maurer sei. Daselbst war an der Mauer gegen den Boden zu ein Ziegel gelockert, während in der Höhe an dieser Mauer mehrere Löcher durchgebohrt waren, so dass man das Licht in dem klägerischen Keller sehen konnte. Um diese Löcher herum war auch der Mörtel ausgekratzt. Dieser Keller hatte sonst keinen andern Ausgang, beziehungsweise Eingang.

Der zweite Polizeiwachmann Josef B. hat mit dem ebengenannten Zeugen übereinstimmend eidlich ausgesagt.

Werden nun noch die Ergebnisse des gerichtlichen Augenscheines und das Gutachten der Sachverständigen, wie solche in dem erstrichterlichen Endbescheide näher angeführt erscheinen, in Betracht gezogen, so unterliegt es keinem Zweifel, dass von einem, nur der Geklagten gehörigen Keller aus, die Durchbohrungen und Durchlöcherungen der den klägerischen Keller trennenden Zwischenmauer unternommen wurden, und dass hiedurch ein eigenmächtiger Eingriff in die Besitzsphäre der Klägerin stattgefunden hat, indem sie in der vollen Ausübung ihres Besitzes und in der Benützung ihres Kellers gehindert und beeinträchtigt wurde, zumal es genügt, wenn die Klägerin hiedurch der Gefahr ausgesetzt war, dass ihre in ihrem Keller befindlichen Sachen durch die gesetzten Handlungen beschädigt oder herabgeworfen werden.

Werden nun die durch die Aussagen der erwähnten Zeugen erwiesenen Thatumstände und dann die durch den gerichtlichen Augenschein und den Befund und das Gutachten der Sachverständigen festgestellten Thatsachen, welche sich gegenseitig vollkommen decken, erwogen und wird weiters in Betracht gezogen, dass die Geklagte in der Processverhandlung zugestand, dass sie zur Zeit, als von ihrem Keller aus die in Frage stehende besitzstörende Handlung gesetzt wurde, im selben sich befunden hat und einen eisernen Hacken in jener Zwischenmauer hin- und herbewegte, so dass Mörtel zu Boden rieselte, und dass sie den Grund dieser ihrer Handlungsweise mit Rücksicht auf die ganz ungewöhnliche

Zeit und Art der Vornahme derselben in anderweitiger, glaubwürdiger Weise aufzuklären nicht vermochte, und dass im Gegentheil ihre Angabe, sie habe mit dem den Sachverständigen vorgewiesenen Nagel in der Wand gebohrt, mit Rücksicht auf die Beschaffenheit des Nagels und dann der vorgefundenen Oeffnungen von den Sachverständigen geradezu als unwahr bezeichnet wurde, so erscheint hiernach auch die Angabe der Klägerin, dass die Geklagte oder jemand Anderer, der mit ihrer Zustimmung handelte, es war, der die in Frage stehende Störungshandlung gesetzt hat, erwiesen, zumal auch die Wahrheit dieser klägerischen Behauptung aus dem Angeführten schon mit zwingender Nothwendigkeit sich ergibt.

Schliesslich muss noch hervorgehoben werden, dass die weitere Einwendung der Geklagten, dass die Klage verspätet überreicht sei, weil die Klägerin anführte, dass sie schon vor dem 7. Jänner 1891 ähnlich störende Handlungen in ihrem Keller wahrgenommen habe, hinfällig ist, denn die Klägerin hat auch behauptet, dass sie wegen dieser früheren störenden Handlungen nicht in der Lage war, gegen eine bestimmte Person mit der Klage aufzutreten. Dies müsste aber der Fall sein, wenn die Bestimmung des § 2 der kais. Vdg. vom 27. October 1849, RGB Nr. 12, platzzugreifen hätte; denn selbe kann wohl nicht anders verstanden werden, als dahin, dass diese Frist von dreissig Tagen von jenem Zeitpunkte zu rechnen sei, in welchem der in seinem Besitze Beeinträchtigte nicht nur von dem objectiven Thatbestande der Störung, sondern auch davon Wissenschaft erhalten hat, wer diese Störung verübt hat. Ein blosser, wenn auch noch so dringender Verdacht auf Grund vorliegender Indicien kann aber als Wissenschaft im Sinne des erwähnten Gesetzes nicht aufgefasst werden.

Wenn nun die beiden unteren Instanzen den Beweis darüber, dass die Geklagte oder jemand Anderer mit ihrer Zustimmung die Störungshandlung begangen habe, als erbracht nicht angesehen und in Folge dessen die Klage abgewiesen haben, so liegt hierin ein der Klägerin zugefügtes offenbares Unrecht, weshalb nach dem Hofd. vom 15. Februar 1833, JGS Nr. 2593, in Stattgebung dem Revisionsrecurse der Klägerin beide unterrichterlichen E. abgeändert und nach dem Klagebegehren erkannt werden musste.

2854.

Die Bestimmung des § 29 GBG, die Rangordnung der grundbücherlichen Eintragungen betreffend, gilt auch für die Anmerkung der executiven Versteigerung.

E. v. 27. Juli 1892, Z. 8972. — (GH 45 ex 92, Seite 382.)

In der Executionssache des K. gegen M. war die executive Versteigerung der dem Letzteren gehörigen Realitäten am 26. April 1890 erfolgt und vom BG T. die Anmerkung der Versteigerung am 8. August

1890 dem Grundbuchsamte aufgetragen worden; da jedoch laut Anzeige des Grundbuchsamtes in der Zwischenzeit, und zwar am 17. Mai 1890, das Eigenthumsrecht an den executiv versteigerten Realitäten auf Namen des N. eingetragen worden war, so fand das BG von der Durchführung der Anmerkung Abstand zu nehmen.

In Erwägung jedoch, dass die grundbücherliche Anmerkung der executiven Versteigerung von Amtswegen vorzunehmen ist; in Erwägung, dass, nachdem im speciellen Falle das Grundbuchsgericht Kenntniss der unterlassenen Anmerkung erhalten hatte, dasselbe den sofortigen Vollzug des gerichtlichen Auftrages hätte anordnen sollen und der Umstand nicht entgegenstand, dass nachträglich das Eigenthumsrecht bezüglich der executiv veräusserten Realitäten auf den Namen des N. eingetragen wurde, weil die Anmerkung nur die Wahrung der eventuellen Interessen des Erstehers bezweckt, die Frage der Rechtsgiltigkeit der Eigenthumsübertragung jedoch ganz unberührt lässt, hat die II. J., dem Recurse des Executionswerbers K. stattgebend, der I. J. aufgetragen, die erfolgte Versteigerung der in Execution gezogenen Realitäten grundbücherlich anmerken zu lassen.

Den Revisionsrecurs des N. hat der OGH zurückgewiesen, weil nach § 29 des GBG die Rangordnung einer Eintragung sich nach der Einreichungszahl richtet, mit welcher die Eingabe bei dem Grundbuchsgerichte einlangt, und im vorliegenden Falle das Feilbietungsprotocoll, in dessen E. dem Grundbuchsamte die Anmerkung der executiven Feilbietung aufgetragen wurde, im Einreichungsprotocolle des Grundbuchsamtes vor dem Gesuche des N. um Einverleibung seines Eigenthumsrechtes exhibirt worden ist.

2855.

Bei Bestand einer vertragsmässigen, in notarieller Form errichteten Schenkung auf den Todesfall bildet der Gegenstand der Schenkung keinen Bestandtheil der Verlassenschaft der Geschenkgeberin und ist daher in die Inventur nicht mehr einzubeziehen.

E. v. 27. Juli 1892, Z. 8937. — (NZ 38 ex 92, Seite 249.)

Maria B. hinterliess kein Testament, dagegen ein Codicill und einen von dem Notarssubstituten Dr. N. aufgenommenen Notariatsact, beinhaltend folgenden Schenkungsvertrag auf den Todesfall:

I. Ich Maria B. schenke dem L. A. meine beiden Häuser in E. sammt allen mir gehörigen Fahrnissen in diesen Realitäten und sämmtlichen Grundstücken auf den Todesfall und gegen Auszahlung eines Betrages von 6000 fl. ö. W. in meinem Nachlass, welcher Betrag aber erst und ohne Sicherstellung zwei Jahre nach dem Ableben der Schenkgeberin ausbezahlt werden darf.

II. Ich L. A. nehme diese Schenkung auf den Todesfall dankbar an.

III. Ich Maria B. begebe mich ausdrücklich des Rechtes, diese Schenkung zu widerrufen.

Ueber die bedingte Erbserklärung der gesetzlichen Erben nach Maria B. hat die I. J. zur Inventur des Nachlassvermögens der Maria B., jedoch mit Ausschluss beider Häuser der B. sammt allen erblasserischen, in diesen Realitäten befindlichen Fahrnissen, welche sämmtlich von L. A. in Anspruch genommene Vermögenschaften nach Inhalt des notariellen Schenkungsvertrages auf den Todesfall keinen Bestandtheil des Nachlasses der Maria B. bilden, Tagsatzung im Sterbeorte angeordnet.

Ueber Abweisung der seitens der gesetzlichen Erben nach Maria B. dagegen eingebrachten Vorstellung eventuell Recurs und Vorlage des letzteren an die II. J. hat derselbe dem Recurse Folge zu geben und die Ausdehnung der Inventur auf obbenannte Realitäten und Fahrnisse unter Beobachtung der §§ 97 und 104 Abh.-Pat. anzuordnen befunden; weil nach § 97 des citirten kais. Patentes das Inventar ein vollständiges Verzeichniss alles beweglichen und unbeweglichen Vermögens zu enthalten hat, in dessen Besitz sich der Erblasser zur Zeit seines Todes befunden hat, nach dem Grundbuchs-Extracte Marie B. als Eigenthümerin der obbezeichneten Realitäten eingetragen ist, auch von keiner Seite Einsprache dagegen erhoben wurde, dass Maria B. auch die auf diesen Realitäten befindlichen Fahrnisse zur Zeit ihres Todes besessen hat, über den Umfang der Ansprüche des L. A. von Seiten der Erben keineswegs eine Anerkennung vorliegt, im Verfahren ausser Streitsachen auch über dieselben nicht abgesprochen werden kann und die behaupteten, durch Notariatsact glaubwürdig gemachten Eigenthumsansprüche des L. A. bei Beobachtung des § 104 des citirten kais. Patentes hinlänglich gewahrt werden können, bis über dieselben von Seite der gesetzlichen Erben anerkennende Erklärungen oder, im Falle der Bestreitung der Ansprüche, im Rechtswege darüber erkannt sein wird.

Dem Revisionsrecurse des L. A. hat der OGH Folge zu geben und unter Abänderung der angefochtenen obergerichtlichen E. den erstrichterlichen B. im Punkte der Nichteinbeziehung der beiden Häuser sammt allen darin befindlichen, der Maria B. gehörigen Fahrnissen, wieder herzustellen befunden; dies in der Erwägung, dass der Recurrent L. A. seinen Eigenthumsanspruch auf diese Häuser sammt den darin befindlichen Fahrnissen durch die in Form eines Notariatsactes errichtete, die Annahmeerklärung des Beschenkten (des Recurrenten) und den Verzicht der Erblasserin als Geschenkgeberin auf Widerruf enthaltende Schenkung auf den Todesfall ausgewiesen hat; in der Erwägung, dass im Bestande dieser vertragsmässigen Schenkung der Erblasserin nur mehr ein zeitlich beschränktes Recht bezüglich der den Gegenstand der Schenkung bildenden Realitäten und Fahrnisse zustand, welches mit dem Momente ihres Todes

erloschen ist, daher diese Realitäten und Fahrnisse keinen Bestandtheil ihrer Verlassenschaft bilden; in der Erwägung, dass die Bedenken, welche von den Erben im Appellationsrecurse gegen den Umfang der Schenkung, insbesondere bezüglich der in den beiden Häusern befindlichen Fahrnisse erhoben worden sind, gegenüber dem Wortlaute der Schenkungsurkunde die von dem Obergerichte verfügte Einbeziehung der gedachten Liegenschaften und Fahrnisse in die Verlassenschafts-Inventur nach Maria B. nicht zu rechtfertigen vermögen, vielmehr den Erben überlassen bleiben muss, ihre diesfälligen Ansprüche im o. Rechtswege geltend zu machen.

2856.

Die Erbunwürdigkeit des Miterben hat der sie behauptende gesetzliche Erbe im Rechtswege darzuthun.

E. v. 27. Juli 1892, Z. 9889. — (NZ 43 ex 92, Seite 278.)

Zum Nachlasse der Gertrud G. haben sich die grossjährigen Kinder Franz G. und Franz S. unbedingt aus dem Titel des Gesetzes erbserklärt, während der Sohn Alois G. die Existenz eines erblasserischen, von Fanny G. jedoch unterschlagenen Testamentes behauptete und sich aus diesem angeblichen Testamente, für den Fall der Nichtauffindung aber aus dem Gesetze unbedingt erbserklärte und zwar zur Hälfte des ganzen Nachlasses, letzteres deshalb, weil der Sohn Franz G. sich wegen Ehrverletzung an der Mutter und sohiniger gerichtlicher Abstrafung des Erbrechtes unwürdig gemacht habe.

Die I. J. hat im Sinne des § 125 des Abh.-Pat., den Alois G. zur Nachweisung seines Erbrechtstitels und der Erbunwürdigkeit des Franz G. auf den Rechtsweg gewiesen.

Ueber den Recurs des Alois G. hat die II. J. den erstrichterlichen B. in dem angefochtenen Punkte der Verweisung des Recurrenten auf den Rechtsweg auch zur Darthuung der von ihm behaupteten Erbunwürdigkeit des Franz G. abgeändert und den Franz G. angewiesen, seine Erbsberechtigung zum Nachlasse der Mutter Gertrud G. im o. Rechtswege darzuthun; in der Erwägung, dass durch den Strafact des BG dargethan ist, dass Franz G. mit dem U. vom 19. August 1875, Z. 820, wegen Beschimpfung seiner Mutter, der Erblasserin, nach dem allgemeinen Strafgesetze behandelt und der Uebertretung gegen die Sicherheit der Ehre schuldig erkannt worden ist; in der Erwägung, dass der Recurrent hiermit einen jener Umstände, unter denen ein Erbe des Erbrechtes nach § 540 ABG unwürdig wird, gegenüber dem Franz G. nachgewiesen hat; in der Erwägung, dass, wenn Franz G. dem entgegen behauptet, dass ihm die Erblasserin vergeben habe, dieser Beweis ihm obliegt.

Dem Revisionsrecurse des Franz G. hat der OGH stattzugeben und in Abänderung der angefochtenen oberlandesgerichtlichen E. den erst-

richterlichen B. wieder herzustellen befunden, dies in der Erwägung, dass sowohl Franz G., als auch Alois G. zum Nachlasse der Gertrud G. sich aus dem Gesetze erbserklärten, mithin die Verweisung des Letzteren auf den Rechtsweg aus dem Grunde gerechtfertigt ist, weil es Sache des Alois G. ist, die von ihm behauptete, somit zu erweisende Erbunwürdigkeit des Franz G. im Rechtswege darzuthun.

2857.

Lohn oder Entschädigung für nicht geleistete Dienste (§ 1155, ABG).

E. v. 2. August 1892, Z. 8126. — (JMB 821 ex 92, Seite 169.)

I. LG Prag.
II. OLG Prag.

Der Tenorist A hat mit dem Theaterdirector B einen Lohnvertrag abgeschlossen, gemäss dessen letzterer den ersteren als Tenoristen für den Chor gegen eine monatliche Gage von 60 fl. und ein Spielhonorar von 1 fl. für jedesmaliges Soloauftreten engagirt hat. Zugleich wurde verabredet, dass dieses Engagementsverhältniss für die Zeit vom 13. December 1885 bis 30. Juni 1888 dauern solle, dass A nicht aufkündigen dürfe, dass jedoch der Theaterdirector berechtigt sein solle, den Vertrag innerhalb jenes Zeitraumes aufzukündigen und aufzulösen. A wurde bis zum 24. September 1886 bei Proben und Vorstellungen als Tenorist verwendet, seit dieser Zeit nicht mehr in Folge eines zwischen ihm und dem Theaterdirector bei einer Probe vorgefallenen Conflictes.

Mit der Klage de praes. 4. November 1887 verlangte nun A die Auszahlung der Gage für die Zeit bis zum Klagstage. In Folge der vom Geklagten erhobenen Incompetenzeinwendung (Schiedsgericht) kam es längere Zeit nicht zur Einrede, weshalb der Kläger sub praes. 22. August 1888 einen die inzwischen fällig gewordenen Raten der Gage umfassenden Klagsnachtrag, und zwar noch vor Erstattung der Einrede überreichte. Im Ganzen begehrte Kläger die Gage vom 1. September 1886 bis 20. August 1888, zusammen 1420 fl. Der weitere auf die Rechtsfrage bezughabende Sachverhalt ergibt sich aus den Entscheidungsgründen der U. aller drei Instanzen.

Die I. J. hat dem Kläger die Gage blos für die Zeit vom 1. bis 30. September 1886 im Betrage von 60 fl. zuerkannt, im Uebrigen die Klage abgewiesen.

Gründe:

Was das Begehren des Klägers um Zuspruch der Gage für die Zeit vom 1. October 1886 bis 20. August 1888 inclusive betrifft, so gibt der Kläger selbst zu, dass er während dieses ganzen Zeitraumes überhaupt nicht mehr in dem vom Geklagten geleiteten Theater, und zwar weder

bei den Proben, noch bei Vorstellungen mitgewirkt habe, und gibt weder der Kläger noch der Geklagte an, dass letzterer den A auch für diese Zeit vom Dienste dispensirt hätte. Kläger hat daher im Zeitraume vom 1. October 1886 bis 20. August 1888 inclusive überhaupt für den Geklagten gar keine Dienstleistungen verrichtet. Nach § 1155 ABG gebührt der bestellten Person, im Falle als die Dienste und Arbeiten nicht zustande gekommen sind, nicht der bedungene Lohn, sondern unter Umständen eine angemessene Entschädigung. Der Kläger A kann demnach für die Zeit vom 1. October 1886 bis 20. August 1888, wenn auch der Lohnvertrag zwischen ihm und dem Geklagten bis 30. Juni 1888 abgeschlossen und vom Geklagten nicht gekündigt war, wie sich aus § 1155 ABG ergibt, eine „Gage" als solche von dem Geklagten nicht beanspruchen, wobei bemerkt werden muss, dass der Anspruch auf eine Gage für die Zeit vom 1. Juli 1888 bis 20. August 1888 auch schon aus dem weiteren Grunde gänzlich unbegründet ist, weil der Kläger selbst zugibt, dass der Vertrag mit dem Geklagten nur bis 30. Juni 1888 abgeschlossen war, daher ein Vertragsverhältniss zwischen Kläger und Geklagten nach diesem Tage nicht mehr zu Recht bestand. Ob dem Kläger vielleicht im Grunde des § 1155 ABG ein Anspruch auf eine „Entschädigung" zusteht, darüber kann im gegenwärtigen Processe nicht entschieden werden, und erscheint auch die vom Kläger in der Replik vertretene Ansicht, dass, wenn ihm nicht die „Gage", sondern nur eine „Entschädigung" gebühren sollte, ihm diese „Entschädigung" wenigstens in der Höhe der beanspruchten Gage gebühre, im gegenwärtigen Processe nicht begründet, da die vorliegende Klage eine Lohnklage ist, und es nach § 49 AGO dem Kläger nicht gestattet ist, das Klagerecht (genus actionis) zu ändern, übrigens die gegenwärtige Klage als Entschädigungsklage nicht instruirt ist.

Die II. J. hat dieses U. über Appellation des Klägers bestätigt und zu der Rechtsfrage angeführt:

Der Kläger hat zugestanden, dass er dem Geklagten seit October 1886 keine weiteren Dienste als Sänger geleistet hat. Er wäre deshalb nur dann berechtigt, nach § 1160 ABG, einen Lohn für diese Zeit dennoch zu beanspruchen, wenn er den Beweis erbracht hätte, dass er an der Ausübung dieser seiner vertragsmässigen Verpflichtung durch den Geklagten behindert worden sei. Diesen Beweis hat aber der Kläger nicht erbracht. Die von demselben geführten Zeugen haben in keiner Weise bestätigt, dass dem Kläger verwehrt worden wäre, vom 1. October 1886 an seine Thätigkeit als Chorsänger im deutschen Landestheater auszuüben; der Kläger hat keinen Beweis darüber angeboten, dass er sich dem Geklagten unmittelbar zur Dienstleistung bereit erklärt hatte, und dass der Geklagte ihm die Aufnahme in die weitere Dienstleistung verweigert habe, aber zugestanden, dass er thatsächlich in dieser Zeit Dienste nicht geleistet habe. Wenn auch einzelne Zeugen bestätigen, dass der Kläger

sich öfter in der Nähe des Theaters aufgehalten habe, wenn auch der Zeuge Johann P. bestätigt, dass ihm der Auftrag zugekommen sei, den Kläger in das Theater nicht hineinzulassen, so geht aus alledem nicht hervor, dass der Kläger sich ernstlich bemüht habe, seine Dienste wieder anzutreten, dass er namentlich sich diesfalls direct an den Geklagten gewendet hätte. Der Zulassung des Beweises durch den Polizeidirector und den Obercommissär K. bedurfte es nicht, weil sich diese beiden für die Entlassung des Klägers aus dem Theaterverbande verwendet haben sollen; diese Zeugen übrigens über eine directe Aufforderung des Klägers an den Geklagten, ihn wieder zu verwenden, nicht geführt worden sind. Hat aber der Kläger, da er die Arbeit nicht geleistet hat, auf Zahlung des Lohnes keinen Anspruch, so könnte ihm nach § 1154 ABG nur ein Anspruch auf Ersatz gebühren. Hierauf ist jedoch die Klage, welche eine Contractsklage ist, nicht gerichtet, und fehlt zur Berechnung des etwa gebührenden Ersatzes jeder genügende Anhaltspunkt, weshalb in dieser Richtung das Klagebegehren abgewiesen und demnach der Appellation des Klägers eine Folge nicht gegeben werden konnte.

Ueber die a. o. Revision des Klägers hat der OGH beide U. abgeändert und dem Kläger die rückständige Gage vom 1. October 1886 bis 30. Juni 1888 in dem Betrage von 1270 fl. zuerkannt.

Gründe:

In der Sache selbst ist zunächst der Nachdruck darauf zu legen, dass nach den übereinstimmenden Behauptungen beider Theile der Dienstleistungsvertrag für die Zeit vom 13. December 1885 bis 30. Juni 1888 (und zwar von Seite des Klägers unkündbar), also für eine genau bestimmte Zeit zu dauern hatte. Unbegründet ist daher der Anspruch des Klägers auf einen Lohn auch für die Zeit nach dem 30. Juni 1888, und wurde darum der a. o. Revision des Klägers, insoweit sich dieselbe auf diesen Zeitraum bezieht, keine Folge gegeben. Dagegen ist die Beschwerde des Klägers in dem Punkte, dass ihm die beiden Untergerichte den Lohn für die Zeit bis zum 30. Juni 1888 verweigert haben, eine berechtigte. Wie bereits oben erwähnt, steht es fest, dass das Dienstleistungsverhältniss zwischen dem Kläger und dem Geklagten auf einen genau bestimmten Zeitraum vereinbart war. Innerhalb dieses Zeitraumes hatte Kläger als Chorsänger seine Dienste, und der Geklagte hatte den Lohn zu leisten. In der Natur der Sache liegt es, dass der Bestellte nicht berechtigt ist, dem Besteller die verabredete Dienstleistung aufzudringen; der Besteller kann auf dieselbe verzichten, doch ist er sonst verpflichtet, seiner vertragsmässigen Verbindlichkeit nachzukommen. Die Aussagen der Zeugen Josef L., Anton P., Alois M. und Johann P. in Verbindung mit den Zugeständnissen des Geklagten lassen keinen begründeten Zweifel darüber zu, dass der Geklagte als Theaterdirector die Verfügung getroffen hat,

den Kläger in das Theater nicht mehr einzulassen, wozu er nach dem oben Dargestellten allerdings berechtigt war. Der Geklagte hat an mehreren Stellen seiner Processschriften zu erkennen gegeben, dass er den geschlossenen Vertrag aufrecht erhalte. Der Geklagte hat auch, obwohl er vom Kläger wiederholt mündlich und schriftlich angegangen wurde, den Kläger aus dem Contracte zu entlassen, diese Entlassung verweigert. Bei dieser Sachlage ist nicht abzusehen, warum auch der Geklagte seinerseits den Lohnvertrag nicht erfüllen sollte. Der Geklagte hätte, um von dieser Verpflichtung frei zu sein, nachweisen müssen, dass er vom Kläger die vertragsmässigen Dienste gefordert, der Kläger aber die Dienste verweigert habe. Eine solche Behauptung hat aber der Geklagte nicht aufgestellt. Die vornehmste Vertheidigung des Geklagten gipfelt darin, dass der Kläger „für Dienste und Arbeiten, die nicht zustande gekommen sind, nur eine angemessene Entschädigung“ gemäss § 1155 ABG, nie aber den Lohn fordern könnte. Die gesetzliche Bestimmung des § 1155 darf jedoch nicht für sich allein interpretirt werden. Das ABG stellt im allgemeinen Theile „von Verträgen überhaupt“ den Grundsatz auf (919), dass, wenn ein Theil den Vertrag nicht erfüllt, der andere Theil „nur die genaue Erfüllung des Vertrages und Ersatz“ fordern könne. Ausserdem enthält § 1160 ABG die folgende Bestimmung: „Arbeiter, welche auf eine bestimmte Zeit . . . bestellt worden sind, können ohne rechtsmässigen Grund vor verlaufener Zeit . . . nicht verabschiedet werden.“ Geklagter macht nun nicht geltend, dass er den Kläger aus irgend einem Grunde verabschiedet hätte, im Gegentheile, er verweigerte dessen Entlassung. Die eben citirten Gesetzesstellen sind daher, um sie zu vereinigen, derart auszulegen, dass, wenn der Besteller aus freiem Willen von dem Bestellten die Leistung der bestellten Arbeit nicht fordert, er seiner vertragsmässigen Verpflichtung zur Zahlung des Lohnes dennoch nachzukommen habe, während, wenn sonst „durch Schuld (des Bestellers) oder einen Zufall“ der Bestellte an der Arbeitsleistung verhindert war, der Besteller blos eine Entschädigung zu leisten habe. Hat etwa der Arbeitgeber für erwartete Arbeiten einen Arbeiter aufgenommen und für die Dienstleistung bereit halten lassen, so leistet der Arbeiter auch keine Dienste, und doch besteht ein Zweifel darüber nicht, dass dieser Arbeiter die Zahlung des Lohnes und nicht etwa einer Entschädigung wird fordern können. Wenn der Besteller einer für eine vorausbestimmte Zeit bedungenen Arbeit auf diese Arbeit verzichtet, dabei aber den Bestellten aus dem Vertragsverhältnisse nicht entlassen will, ihn hiedurch und anderweitig hindert, seine Dienste an anderen Orten zu verwerthen, den Lohnvertrag daher aufrecht erhält, ist auch schon nach diesen allgemeinen Erwägungen die Folgerung berechtigt, dass er dem Bestellten den Lohn auszahlen müsse. Die Hinweisung des Geklagten darauf, dass Kläger sich bemühte, bei anderen Theatern eine Anstellung zu erlangen und dieselbe auch erlangt hat, ist in diesem Falle

belanglos. Denn, wenn auch als erwiesen angenommen werden wollte, dass der Kläger in der Zeit vom 15. April 1888 bis 11. Juni 1888 beim Theaterdirector Paul S. aushilfsweise sich nicht volle 8 Wochen verwendete, so ist diesem Umstande darum kein Gewicht beizumessen, weil der Geklagte nicht geltend macht, dass er in diesem Zeitraume die Dienste des nicht entlassenen Klägers gebraucht, denselben zur Leistung dieser Dienste aufgefordert und Kläger dieselben verweigert habe.

Insoweit daher die beiden Untergerichte dem Kläger den vertragsmässigen Lohn verweigert haben, liegt eine offenbare Ungerechtigkeit der E. vor und waren nach Zulass des Hofd. vom 15. Februar 1883, JGS Nr. 2593, beide U. abzuändern und dem Klagebegehren Folge zu geben.

2858.

Zur Bemessung der Verlassenschaftsgebühr für den Wiener k. k. Krankenanstaltenfond.

E. v. 2. August 1892, Z. 9295. — (JMB 818 ex 92, Seite 166.)

In der Verlassenschaftsabhandlung nach der mit Hinterlassung eines reinen Vermögens im Betrage von 572·90 fl. zu Wien verstorbenen A wurde, nachdem jedem der Erben nur ein Betrag unter 200 fl. zufällt, die Gebühr zu dem Wiener Krankenanstaltenfonde erstrichterlich mit 60 kr. derart bemessen, dass für den auf den erblasserischen Witwer entfallenden Betrag von 71·62 fl. keine Gebühr und für den auf jedes der drei Kinder entfallenden Betrag von 107·09 fl. vom Betrage von je 100 fl. die Gebühr von je 20 kr. zu entrichten sei.

Hiegegen recurrirte der Erbenmachthaber, insofern überhaupt eine Gebühr zum Wiener Krankenanstaltenfond bemessen wurde.

Das OLG wies den Recurs ab, weil nach § 1 des Gesetzes vom 31. December 1891, LGB für Niederösterreich Nr. 72, von jeder Verlassenschaft der darin bezeichneten Personen, wenn der reine Nachlass die Summe von 200 fl. übersteigt, eine Gebühr zum Wiener Krankenanstaltenfonde einzuheben ist; im vorliegenden Falle daher, wo der reine Nachlass die Summe von 572·90 fl. beträgt, zweifellos eine solche Gebühr zu entrichten kommt; weil weiters durch die Bestimmung des letzten Absatzes des § 2 des obigen Gesetzes die Frage, ob überhaupt eine Gebühr zu bemessen sei, ganz unberührt bleibt, und diese Bestimmung nur den zur Anwendung kommenden Gebührensatz normirt; im gegebenen Falle die Verlassenschaft als Ganzes der einpercentigen Vermögensübertragungsgebühr unterliegt; daher nach § 2, Absatz 1 des mehrerwähnten Gesetzes von dem reinen Nachlasse per 572·90 fl. die fragliche Fondsgebühr mit 0·25 Percent, d. i. mit 1·25 fl. zu bemessen gewesen wäre; dieselbe demnach allerdings unrichtig, aber nicht zu hoch, sondern zu

gering bemessen wurde; in welcher Richtung aber mangels einer Recursbeschwerde in II. J. eine Remedur nicht geschaffen werden kann.

Dem a. o. Revisionsrecurse fand der OGH wegen Nichtvorhandensein der Voraussetzungen des § 16 des Abh.-Pat., mit Hinweisung auf die zutreffenden Gründe der oberlandesgerichtlichen Verordnung keine Folge zu geben.

2859.

Die vom Nachlasse zu entrichtenden Gebühren können auch nach der Einantwortung bemessen und deren Berichtigung veranlasst werden.

E. v. 2. August 1892, Z. 9391. — (NZ 41 ex 92, Seite 266.)

I. BG Schwechat.
II. OLG Wien.

In der Verlassenschaftssache nach dem am 6. Februar 1891 verstorbenen, in Simmering wohnhaft gewesenen N., dessen Verlassenschaft bereits den Erben eingeantwortet wurde, hat die I. J. mit Rücksicht darauf, dass der Verstorbene in dem durch das niederösterreichische Landesgesetz vom 19. November 1890, LGB Nr. 45, erweiterten Wiener Gemeindegebiete sein bleibendes Domicil hatte, nachträglich die Gebühren zum allgemeinen Krankenhausfonde und allgemeinen Versorgungsfonde bemessen und deren Berichtigung dem Erbenmachthaber aufgetragen.

Ueber den Recurs des Erbenmachthabers hat die II. J. diese E. behoben, und zwar in der Erwägung, dass die Einantwortung des Nachlasses nach N. bereits erfolgt und damit die Abhandlung beendigt ist, dass somit das BG zu weiteren auf diese Abhandlungssache bezüglichen Amtshandlungen in seiner Stellung als Abhandlungsgericht nicht mehr competent erscheint.

Dem Revisionsrecurse der niederösterreichischen Finanzprocuratur in Vertretung des Wiener allgemeinen Krankenhausfondes hat der OGH stattzugeben, die angefochtene oberlandesgerichtliche Verordnung zu beheben und dem OLG aufzutragen befunden, unter Abstandnahme von dem geltend gemachten Grunde der abhandlungsbehördlichen Incompetenz mit der E. über den Recurs des Erbenmachthabers vorzugehen: in Erwägung, dass die erfolgte Verlassenschaftseinantwortung allerdings gemäss § 37 JN auf die Competenz in Streitsachen, keineswegs aber auf die Competenz in Rechtsangelegenheiten ausser Streitsachen einen Einfluss üben kann; in der Erwägung, dass der nachträglichen Bemessung und Veranlassung der Berichtigung solcher Gebühren, welche vor der Einantwortung hätten bemessen und berichtigt werden sollen, die erfolgte Einantwortung keineswegs entgegensteht, dass vielmehr diese nachträgliche Bemessung, und Berichtigungsveranlassung, falls eine gesetzliche Verpflichtung zur Be-

zahlung solcher Gebühren als bestehend angenommen wird, unbedingt geboten war.

2860.

Wenn der Bürgermeister ohne vorhergegangene Expropriirung den privatrechtlichen Besitz stört, sind zur E. die Civilgerichte competent.

E. v. 4. August 1892, Z. 9132. — (JB 11 ex 93, Seite 130.)

I. BG Kratzau.
II. OLG Prag.

Ueber Auftrag des Stadtamtes K. wurde ein auf der dem Fabriksbesitzer A. P. eigenthümlich gehörigen Grundparcelle Nr. 110 befindlicher Sockelstein aus öffentlichen feuerpolizeilichen Rücksichten durch Gemeindeorgane beseitigt.

Ueber die von A. P. gegen die Stadtgemeinde K. eingebrachte Besitzstörungsklage hat die I. J. auf Abweisung der Klage wegen Incompetenz des gerichtlichen Verfahres erkannt, und zwar aus nachstehenden

Gründen:

Die Darstellung der Klage, dass der Kläger sich im ruhigen Besitze der ihm allerdings grundbücherlich gehörigen Grundparcelle Nr. 110 befinde, ist nach dem Augenschein und gerichts- und stadtkundig unrichtig; diese Grundparcelle bildet vielmehr einen Theil der öffentlichen und als solche auch stark benutzten Gasse Namens „Schroffgasse" in K., ja es hat der Kläger selbst die Anbringung der Gassentafel auf seinem angrenzenden Hause C.-Nr. 107 vor Jahren gestattet. In der öffentlichen Benützung der Grundparcelle ist sein thatsächlicher Privatbesitz daran verloren gegangen, was dadurch nicht aufgehalten wurde, dass auf dem Grunde ebenso wie auf dem übrigen Theile der Schroffgasse der Schlamm aus dem ausgeputzten, daneben herlaufenden Mühlgraben zeitweilig abgelagert wurde, da der Kläger selbst in solchen Fällen, wie Zeuge Sch. bestätigt, den Weg wieder brauchbar herstellen liess, und kann auch in der Setzung von Steinen zum Schutze des Hauses eine Privatbesitzhandlung nicht erblickt werden, zumal gerade der fragliche Stein, dessen Beseitigung durch die Stadtgemeinde den Anlass zu dem vorstehenden Stritte gegeben hat, ja keineswegs ununterbrochen, sondern wie die Zeugen H., S., K., Sch., R. jun. und insbesondere G. bestätigt haben, nur bis zum Brande der P.'schen Fabrik vor einigen Jahren stand, dann aber von P. selbst weggenommen und erst 1891 wieder eingesetzt wurde, worauf er über Beschwerde der Anrainer durch die Stadtgemeinde beseitigt worden ist. Da sonach einerseits angenommen werden muss, dass die Grundparcelle Nr. 110 in die öffentliche Benützung übergegangen ist und da andererseits die Stadtgemeinde nur aus öffentlichen Rücksichten, nur in Handhabung der Feuer- und Wegepolizei, und nicht etwa in der Absicht, die

Eigenthums- und Besitzrechte des Klägers zu verändern oder zu beeinflussen, den Stein beseitigen liess und dieser Stein auch thatsächlich, wie das Gutachten der Sachverständigen beweist, ein öffentliches Verkehrshinderniss bildete, während dessen Beseitigung den klägerischen Besitzstand nicht schädigen kann, da ja noch andere Schutzsteine stehen, und da schweres Fuhrwerk in der Schroffgasse überhaupt nicht fahren kann, so bezieht sich die eingeklagte Handlungsweise der Stadtgemeinde nicht auf Privatrechte, sondern auf öffentliche, zum Wirkungskreise der Verwaltungsbehörden gehörige Angelegenheiten, weshalb die Klage nach § 2 JN hier abgewiesen werden musste.

Die II. J. hat diese E. bestätigt.

In Folge a. o. Revisionsrecurses des Kläger hat der OGH beide unterrichterliche E. behoben und der I. J. verordnet, in der Sache selbst zu entscheiden.

Hierbei wurde erwogen, dass der Grund und Boden, auf dem der beseitigte Sockelstein sich befand, erwiesenermassen grundbücherliches Eigenthum des Klägers ist, dass der Kläger einen ausschliesslichen, also privatrechtlichen Besitz dieses Grundes behauptet und den Schutz dieses Besitzes anstrebt, dass das Erkenntniss, ob eine bestimmte Person eine bestimmte bewegliche oder unbewegliche Sache besitze und in diesem Besitze zu schützen sei, nur bei den Gerichten angesucht werden kann und nur die Gerichte competent sind, hierüber abzusprechen, dass auch der Bürgermeister einer Gemeinde, wenn er eigenmächtig, nämlich ohne vorhergegangene Expropriirung, den privatrechtlichen Besitz stört, wegen dieser Besitzstörung vor die Gerichte zur Verantwortung gezogen werden kann, dass daher die beiden Untergerichte, indem sie es abgelehnt haben, über des Klägers Klage auf Schutz seines privatrechtlichen Besitzes zu erkennen, das Gesetz über die Competenz der Gerichtsbehörden verletzt haben, dem a. o. Revisionsrecurse daher stattzugeben war.

2861.

Klage auf Restitution wegen schlechter Vertretung im Falle der Versäumung einer Fallfrist seitens des Rechtsfreundes.

E. v. 5. August 1892, Z. 8463. — (JB 7 ex 93, S. 82.)

I. BG Mistek.
II. OLG Brünn.

Das in der Rechtssache der Firma A durch Dr. M gegen B durch Dr. N erflossene U. der I. J. wurde dem Vertreter des B, Dr. N, am 22. Juli 1891 zugestellt und die von demselben wider dieses U. eingebrachte Appellation de praes. 31. Juli 1891, Z. 8276, als verspätet nach § 48 Sum.-Pat. von Amtswegen verworfen.

B brachte sohin unter'm 17. August 1891 gegen die Firma A und Dr. N die Restitutionsklage Z. 8759 wegen schlechter Vertretung mit der Bitte ein, es sei seinem Begehren um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand der Fallfrist 1. zur Appellationsanmeldung und Ausführung gegen das U. vom 15. Juni 1891, Z. 4902, sowie 2. zur Antretung des in jenem U. zugelassenen Haupteides stattzugeben, und führte zur Begründung seiner Klagsbitte an, er habe das dem Dr. N zugestellte U. vom 15. Juni 1891, Z. 4902 vor dem 25. Juli 1891 selbst gelesen und sofort dem Dr. N den Auftrag ertheilt, dagegen rechtzeitig die Appellation anzumelden und auszuführen. In der Meinung, dass jenes U. nicht in Rechtskraft erwachsen werde, habe er den in demselben sententionirten Haupteid nicht angetreten. Erst am 14. August 1891 habe er erfahren, dass die Appellation als verspätet vom Amtswegen verworfen wurde. Er trage an dem Verluste der Fallfrist keine Schuld, indem der Grund in einer Nichtbefolgung seines Auftrages durch seinen Bevollmächtigten, also in einer schlechten Vertretung liege.

Die I. J. hat die Restitutionsklage des N abgewiesen; und zwar aus folgenden

Gründen:

Das Hofd. vom 6. October 1785, JGS Nr. 477, bestimmt rücksichtlich der Wiedereinsetzung: Wenn die Einsetzung in den vorigen Stand wegen einer Verkürzung begehrt wird, die aus dem Benehmen des von der Partei selbst begwalteten Rechtsfreundes entstanden ist, soll die Beurtheilung, ob sie statthabe oder nicht, ebenso aufgenommen werden, als ob das Benehmen, so die Verkürzung veranlasst hat, von der Partei selbst geschehen wäre. Mit Festhaltung des Grundsatzes, dass in der Regel die die processualen Handlungen der Advocaten so anzusehen sind, als ob die Partei sie vorgenommen hätte, kann das leicht zu missbrauchende Mittel der Restitution wegen schlechter Vertretung nur mit grösster Vorsicht und unter unerlässlichen Bedingungen zugelassen werden; so müsste sonst jede Restitution zur Erstattung einer Satzschrift, jede Rechtfertigung des Ausbleibens von der Tagsatzung, sobald die betreffende Partei von einem Rechtsfreunde vertreten war, Anlass zur Restitution wegen mangelhafter rechtsfreundlicher Vertretung geben, was aber den Vorschriften der AGO zuwiderlaufen würde. Vor Allem muss das Verschulden des Advocaten, sei es nun Nachlässigkeit, Irrthum oder Prävarication nicht blos angegeben, sondern auch von der Partei erwiesen werden (oberstgerichtliche Entscheidungen vom 15. März 1855 und vom 23. August 1867, G.-U. 975 und 2842). In dieser Richtung erscheint nun die Klage verfehlt. Denn der Kläger basirt sein Begehren darauf, dass angeblich von seiner Seite Alles geschehen sei, was zur Wahrung seiner Rechte zu thun war, und dass er an dem Verluste der Frist keine Schuld trägt, indem er, wie er behauptet, das dem Dr. N zugestellte U. vom 15. Juni 1891,

Z. 4902, vor dem 25. Juli 1891 selbst gelesen und sofort dem Dr. N den Auftrag ertheilt habe, dagegen rechtzeitig die Appellation anzumelden und auszuführen, und einige Tage nachher den Dr. N befragte, ob die Appellation rechtzeitig abgegangen sei, von demselben die bejahende Antwort erhielt, und er erst am 15. August 1891 die Nachricht von der Abweisung der Appellation erhalten habe. Durch diese Thatsachen, wenn sie richtig wären, wäre erwiesen, dass der Kläger die Frist schuldlos versäumt hat. Damit ist aber nicht erwiesen, dass dem Dr. N ein Verschulden an der Versäumung der Frist und welches Verschulden, sei es nun Nachlässigkeit, Irrthum oder gar Prävarication, welches Verschulden stricte zu präcisiren und zu erweisen und eine unumgängliche Voraussetzung einer Restitutionsklage wegen schlechter Vertretung ist, zur Last falle. Durch die nackte Thatsache, dass die Appellation verspätet eingebracht wurde, ist keineswegs dargethan, dass Dr. N ein Verschulden in der obbezeichneten Richtung an der Versäumung der Frist trägt. Es ist keineswegs ausgeschlossen, dass er schuldlos jene Frist versäumt hat, in welchem Falle nur die Restitution wegen schuldloser Versäumung einer Frist einzubringen gewesen wäre und selbstverständlich die Restitution wegen schlechter Vertretung ausgeschlossen ist. Der Kläger behauptet in der Klage: „Ich trage an dem Verluste der Fallfrist zur Einreichung der Appellationsanmeldung keine Schuld, indem der Grund in einer Nichtbefolgung meines Auftrages durch meinen Bevollmächtigten, also in einer schlechten Vertretung liegt“. Das ist eine blosse Conclusion aus der Thatsache, dass die Appellation verspätet eingebracht und er hierdurch verkürzt wurde. Durch diesen Umstand an sich ist noch nicht ein Verschulden des Advocaten, sei es aus Nachlässigkeit, Irrthum oder Prävarication dargethan, welches die Voraussetzung der Restitution wegen schlechter Vertretung ist. Mangels dieser Voraussetzung jeder Restitutionsklage wegen schlechter Vertretung musste der Kläger mit seiner Klage abgewiesen werden. Hierbei muss noch erwogen werden, dass die Restitution wegen schlechter Vertretung sich nur auf das meritum des Rechtsstreites bezieht, wohin die unterlassene Anbietung eines Beweises, unterlassene Vorbringung von Einwendungen u. dgl. gehört, und im Falle einer seitens des Advocaten erfolgten Fristversäumung mit Rücksicht auf das Hofd. vom 8. October 1785, JGS Nr. 477, überhaupt unstatthaft ist (oberstgerichtliche Entscheidungen vom 23. August 1867, 24. Februar 1869 und 23. September 1879, G.-U. 2842, 3311 und 8666).

Ueber Appellation des Klägers hat die II. J. diese E. abgeändert und dem Restitutionsbegehren stattgegeben.

Gründe:

B stützt seine gegen die im Hauptprocesse pcto. 70·74 fl. als Klägerin aufgetretene Firma A und gegen den ihn in diesem Processe

vertretenden Advocaten Dr. N gerichtete Restitutionsklage auf die angeblich schlechte Vertretung seitens dieses seines bevollmächtigten Rechtsfreundes, indem er behauptet, dass er demselben vor dem 25. Juli 1891 den Auftrag ertheilte, gegen das U. der I. J. rechtzeitig die Appellation einzubringen, und dass in der Nichtbefolgung dieses Auftrages seitens seines Rechtsfreundes, somit in einer schlechten Vertretung der Grund der Versäumung der Fallfrist zur Einbringung der Appellationsbeschwerde liege. Die Verabsäumung einer Fallfrist seitens eines bevollmächtigten Rechtsfreundes kann jedoch unter den Begriff einer mangelhaften rechtsfreundlichen Vertretung nicht subsumirt werden, weil die mangelhafte Vertretung sich nur auf das meritum des Rechtsstreites bezieht, wohin insbesondere die unterlassene Anbietung von Beweisen, die unterlassene Vorbringung von Einwendungen u. dgl. gehört. Insoferne also die Restitutionsklage auf das Moment der mangelhaften rechtsfreundlichen Vertretung gestützt wurde, ist dieselbe allerdings verfehlt. B hat jedoch sein Wiedereinsetzungsbegehren nicht blos auf die mangelhafte rechtsfreundliche Vertretung, sondern auch darauf gestützt, dass ihm die Fallfrist ohne sein Verschulden verstrichen sei, indem er Alles gethan habe, was zur Wahrung seiner Rechte seinerseits zu thun war. Es kann keinem Anstande unterliegen, das Restitutionsbegehren des B auch von diesem Standpunkte zu prüfen und der richterlichen Beurtheilung zu unterziehen, zumal er dasselbe nicht erst in der Appellationsbeschwerde, sondern auch schon in der Verhandlung von diesem Standpunkte zu begründen versuchte. Die vom Restitutionswerber diesbezüglich angeführten Umstände können, ohne dass es erst auf die von demselben in der Repliksäusserung angebotenen Beweise durch den referiblen Haupteid ankommen müsste, nach der Actenlage als wahr angenommen werden; denn es ist durch die in den Acten erliegende Zuschrift des Post- und Telegraphenamtes in Z. vom 26. August 1891, Nr. 158, und das von diesem Postamte eingelangte Retourrecepisse, auf welche Schriftstücke sich die geklagte Firma selbst berufen hat, erwiesen, dass das U. der I. J. dem Dr. N am 22. Juli 1891 zugestellt wurde, dass derselbe jedoch das Retourrecepisse mit dem Datum vom 24. Juli 1891 versehen hat, und die geklagte Firma führt selbst an, dass die Verspätung in der Ueberreichung der Appellationsbeschwerde offenbar nur dadurch geschah, dass Dr. N als Zustellungstag den 24. Juli 1891 vorgemerkt hat. Nach dem in dem Hofd. vom 6. October 1785, JGS Nr. 477, welches durch den Absatz „zweitens" des Patentes vom 1. Juli 1790, JGS Nr. 31, nicht aufgehoben, sondern blos modificirt wurde, ausgesprochenen Grundsatze sind wohl die processualen Handlungen eines bevollmächtigten Rechtsfreundes in der Regel so aufzunehmen, als ob sie von der Partei selbst vorgenommen worden wären; da jedoch das letzterwähnte Patent im „zweitens" dem Richter die Macht einräumt, den Grund oder Ungrund der begehrten Wiedereinsetzung zu prüfen und hier-

nach die E. zu fällen, so müssen wohl in jedem einzelnen Falle die Gründe für und gegen die begehrte Wiedereinsetzung reiflich erwogen und gewürdigt werden. Von diesem Gesichtspunkte erscheint aber das Wiedereinsetzungsbegehren des B., insoferne es gegen die Verabsäumung der Fallfrist zur Einbringung der Appellationsbeschwerde gegen das oberwähnte U. des BG in Mistek und zur Antretung des zugelassenen Eides gerichtet ist, begründet, weil ihn an der Verabsäumung dieser Fallfrist kein Verschulden trifft, und weil es somit unbillig wäre, ihn wegen eines Versehens seines Rechtsfreundes in der Wahrung seiner Rechte zu verkürzen. Der Appellationsbeschwerde des Restitutionswerbers wurde daher stattgegeben und das erstrichterliche U. zu seinen Gunsten abgeändert.

Die Revisionsbeschwerde der Firma A hat der OGH mit U. vom 5. August 1892, Z. 8463, zurückzuweisen und das oberlandesgerichtliche Reformaturtheil aus dessen der Sachlage und dem Gesetz entsprechenden und durch die Ausführungen der Revisionsbeschwerde nicht widerlegten Gründen zu bestätigen befunden.

2862.

Die Anwendung des § 2 Abs. 5 der Exec.-Nov. ist auch dann nicht ausgeschlossen, wenn es sich um Werkzeuge handelt, welche von den Hilfsarbeitern des Executen im Interesse desselben benutzt werden.

E. v. 20. August 1892, Z. 9875. — (GZ 1 ex 93, Seite 6.)

Die I. J. hat die dem Pianoerzeuger B gehörigen, wegen der Forderung der Firma A von 1500 fl. executiv gepfändeten Werkzeuge aus der Execution ausgeschieden, weil dieselben als zur Betreibung des Gewerbes des Executen nöthige Werkzeuge anzusehen sind.

Das OLG hat das Gesuch um Ausscheidung jener Effecten aus dem Pfändungsprotocolle abgewiesen, weil ein einziger Mensch das ganze Piano nicht bauen kann, hiezu vielmehr mindestens sechs Personen nothwendig sind, welche unter Benützung der gepfändeten Werkzeuge die Gesammtarbeit vollführen können, woraus folgt, dass der Execut jene Werkzeuge zur persönlichen Betreibung seines Gewerbes nicht selbst benützt, dieselben vielmehr von seinen Hilfsarbeitern benützt werden, diesen Werkzeugen daher die in der Exec.-Nov. erwähnte Eigenschaft mangelt.

Der OGH hat den erstrichterlichen B. wieder hergestellt, weil der vom OLG hervorgehobene Grund der Nichtausscheidung der Werkzeuge, nämlich die Verwendung von Hilfsarbeitern, welche eben jene Werkzeuge benützen, unzutreffend ist, da viele Handwerker Hilfsarbeiter haben und ihr Erwerb deshalb ein handwerksmässiger zu sein nicht aufhört, dass insbesondere die vom Executen verfertigten Musikinstrumente von einer einzigen Person nicht wohl hergestellt werden könnten, dass somit die

Beihilfe der Hilfsarbeiter bei Verfertigung jener Musikinstrumente die persönliche Arbeit des Executen nicht ausschliesst, weshalb die auf die Werkzeuge geführte Execution mit Recht behoben worden ist.

2863.

Die Klagscaution hat den Charakter eines Pfandrechtes und die executive Einantwortung derselben ist auch nach Eröffnung des Concurses über den Processgegner zulässig.

E. v. 23. August 1892, Z. 10149. — (GH 1 ex 93, Seite 6.)

I. HG Prag.
II. OLG Prag.

Die Firma B begehrte die executive Einantwortung und Erfolglassung der von dem Kläger A in seinem Rechtsstreite gegen die genannte Firma pcto. 80 fl. erlegten und in gerichtliche Verwahrung genommenen Klagscaution, bestehend in dem vierpercentigen Einlagsblatte der Prager städtischen Sparcasse Fol. 62459 über 40 fl. auf Abschlag der der einschreitenden Firma zuerkannten Gerichtskosten im Betrage von 139 fl.

Die I. J. hat dieses Gesuch laut B. mit Rücksicht auf die Bestimmung des § 11 CO abgewiesen, weil über das Vermögen des Executen A der Concurs eröffnet worden ist.

Ueber den Recurs der Firma B hat die II. J. diese E. abgeändert und die angesuchte Einantwortung bewilligt, und zwar in der Erwägung, dass es sich im gegebenen Falle nicht um die Erwerbung eines Pfandrechtes oder um die Erwirkung einer Sicherstellung auf das unter die CM gehörige Vermögen, sondern um die Geltendmachung eines vor Eröffnung des Concurses bereits erworbenen Pfandrechtes handelt, zumal die Klagscaution die rechtliche Natur eines Pfandes hat, und dass somit die nach rechtskräftiger E. des zwischen den Streittheilen anhängig gewesenen Rechtsstreites erfolgte Concurseröffnung über das Vermögen des sachfälligen Klägers im Hinblick auf die Bestimmung des § 12 CO der angesuchten executiven Einantwortung der obgedachten als Sicherstellung für die Gerichtskosten dienenden Caution auf Abschlag der der Firma B zuerkannten, den Cautionsbetrag bedeutend übersteigenden Processkosten nicht entgegensteht.

Den Recurs des Verwalters der CM des A hat der OGH abzuweisen befunden, wobei erwogen wurde, dass die gemäss § 406 AGO erlegte Klagscaution ein wahres Pfand für den eventuellen Anspruch des Geklagten auf Ersatz der Gerichtskosten bildet, die Geklagte daher auch nach der Concurseröffnung das Pfandrecht geltend machen konnte.

2864.

Der Gläubiger, welcher ein executives Pfandrecht auf eine in Händen eines Faustpfandgläubigers befindliche Obligation erwirkt hat, ist nicht berechtigt, von Letzterem die Herausgabe der Obligation behufs Feilbietung ohne gleichzeitige Deckung und Rückstellung des Pfandscheines zu begehren.

E. v. 24. August 1892, Z. 8851. — (JB 48 ex 92, Seite 575.)

Der gewesene Steueramtsadjunct Heinrich F. hatte der Josefa K. als Faustpfand für eine ihr gegen ihn urtheilsmässig zustehende Forderung von 302·91 fl. die ihm gehörige, als Dienstcaution vinculirte Staatsschuldverschreibung vom 1. Mai 1883 Nr. 39753 per 600 fl. übergeben. Auf diese Staatsschuldverschreibung erwirkte Johann G. zur Hereinbringung seiner Forderung per 403·30 fl. das executive Pfandrecht und begehrte sohin wider Josefa K. das Erkenntniss, dass dieselbe schuldig sei, die besagte Staatsschuldverschreibung behufs gesetzlicher Feilbietung derselben in der klägerischen Executionssache gegen Heinrich F. peto. 403·30 fl. zu Gerichtshanden zu erlegen.

Die I. J. hat die Klage abgewiesen aus folgenden

Gründen:

Kläger leitet sein Recht, die Herausgabe des in Händen der Geklagten befindlichen Pfandobjectes zum Behufe der Feilbietung desselben zu verlangen, von der Bestimmung des § 461 ABG ab, nach welcher der Pfandgläubiger im Falle seiner nicht erfolgten Befriedigung berechtigt ist, die Feilbietung des Pfandes gerichtlich zu verlangen. Er negirt hierbei die Eigenschaft der Geklagten als Faustgläubigerin, vertritt aber zugleich die Ansicht, dass die Frage, ob der Geklagten ein Pfandrecht zustehe, bei E. dieser Rechtssache nicht in Betracht komme, dass dieselbe vielmehr erst dann zu entscheiden sei, bis das Pfandobject veräussert und der Erlös zum gerichtlichen Erlage gelangt sei. Diese Ansicht muss jedoch als eine irrige bezeichnet werden; denn wenn der Geklagten nicht ein Pfandrecht zustände, so könnte sie allerdings die Herausgabe des Pfandes nicht verweigern; dass aber die Geklagte ein Pfandrecht an der in Frage stehenden vinculirten Obligation erworben hat, geht aus Folgendem hervor: Die vernommenen Zeugen Heinrich F., Josef S. und Dr. Ludwig C. bestätigen, dass Heinrich F. der heutigen Geklagten, als ihn dieselbe wegen ihrer Forderung belangte, um sonstige Executionsschritte zu vermeiden, den ihm von der Direction der Staatsschuld übergebenen Mantel zu der ihm gehörigen vinculirten Staatsschuldverschreibung N. 39753 per 600 fl. als Pfand einhändigte, dass die Geklagte diesen Mantel durch ihren Vertreter Dr. Ludwig C. als Faustpfand übernahm, dass dem Heinrich F. ein Pfandschein ausgestellt und übergeben wurde, und dass, wie

dies auch der weitere Zeuge Franz R. bestätigt, dieser Mantel stets von Dr. Ludwig C. als Vertreter der Geklagten als Pfand verwahrt wurde. Daraus folgt, dass Heinrich F. die vinculirte Obligation der Geklagten Josefa K. als Faustpfand übergeben hat. Es kommt daher die Frage zu entscheiden, ob Kläger, welcher an dieser Obligation ein executives Pfandrecht erwirkt hat, berechtigt ist, von der Geklagten zu verlangen, dass sie dieses Pfandobject behufs Realisirung seiner Forderung zu Gerichtshanden übergibt. Diese Frage muss verneint werden. Eine gesetzliche Bestimmung, welche den Faustpfandgläubiger verhalten würde, sein Pfand ohne gleichzeitige Deckung seiner Forderung und Zurückstellung des Pfandscheines herauszugeben, existirt nicht, und findet auch auf den Faustpfandgläubiger die Bestimmung des § 461 ABG keine Anwendung. Es geht nicht an, den Faustpfandgläubiger durch die Erzwingung zur Herausgabe seines Faustpfandes in eine schlechtere Lage zu versetzen und ihn insbesondere bei Negirung seines Pfandrechtes durch einen weiteren Pfandgläubiger zur Führung eines weitläufigen Processes zu zwingen. Das Klagebegehren erscheint demnach unzulässig und musste abgewiesen werden. Hierbei muss noch bemerkt werden, dass nach dem eingeholten Gutachten der Wiener Börsenkammer vinculirte Obligationen ausnahmslos keinen Gegenstand des Börsenverkehres bilden, dass also selbst durch den Erlag des in den Händen der Geklagten befindlichen Pfandobjectes der vom Kläger angestrebte Zweck nicht erreicht werden könnte.

Die II. J. hat dem Klagebegehren stattgegeben mit nachstehender

Begründung:

Unbestritten ist, dass der Kläger auf die als Faustpfand in Handen der Geklagten befindliche Staatsschuldverschreibung ein gerichtliches, im Sinne des § 341 AGO wirksames Pfandrecht zur Einbringung einer Forderung von 403·30 fl. erworben hat. Da das Faustpfand sich im Besitze der Geklagten befindet und diese dessen Herausgabe zum Behufe der Realisirung verweigert, war der Kläger genöthigt, den Klagsweg zu betreten. Die Einwendung der Geklagten geht nun dahin, dass sie ohne Sicherstellung ihrer Forderung und ohne Rückerhalt des von ihr dem Executen ausgestellten Pfandscheines zur Ausfolgung des Faustpfandes nicht verpflichtet sei. Der Kläger hat jedoch mit Recht auf den Charakter des Pfandrechtes als dinglichen Rechtes hingewiesen. Nachdem sein Pfandrecht unbestritten ist, steht ihm nach § 447 ABG das Recht zu, aus diesem Pfande die Befriedigung seiner nicht bezahlten Forderung zu verlangen, was gemäss § 461 ABG durch die gerichtliche Feilbietung des Pfandes zu geschehen hat. Die frühere Verpfändung kann diesem seinen Rechte nicht abträglich sein, weil durch die Veräusserung des Pfandstückes das von der Geklagten erworbene Recht, aus dem Erlöse desselben Zahlung zu verlangen, in keiner Weise verletzt wird, da sie gemäss § 461 ABG

bei nicht erfolgter Zahlung auch nur durch den Verkauf Befriedigung erlangen könnte, das Prioritätsrecht aber erst seinerzeit geltend zu machen und darüber nicht im gegenwärtigen Rechtsstreite zu entscheiden ist. Die Geklagte kann auch weder durch die bestrittene Möglichkeit der Durchführung der Realisirung des Pfandrechtes, noch durch die Hinweisung auf ihre Haftpflicht und die Ausstellung eines Pfandscheines dem Klagebegehren mit Wirkung entgegentreten, weil einerseits die Methode der Durchführung dem Kläger als Excquenten überlassen bleiben muss, andererseits aus dem gerichtlichen Erlage und aus der Feilbietung ihre Deckung gegenüber jeder Haftung von selbst folgt. Dem Klagebegehren war daher Folge zu geben.

Der OGH hat die E. I. J. wieder herzustellen befunden; denn die Abweisung ist in der Begründung des erstrichterlichen U. gerechtfertigt, zumal der Kläger nicht behauptet, destoweniger aber bewiesen hat, dass die Belangte gewusst hat oder doch wissen musste, dass das Pfandobject bereits mit einem Pfandrechte dritter Personen behaftet ist (§ 468 ABG) und im Uebrigen der Pfandnehmer nach § 1369 ABG die Verpflichtung dem Pfandgeber gegenüber übernimmt und erst nach Erhalt seiner Befriedigung verhalten werden könnte, das Faustpfand dem Verpfänder zu übergeben.

2865.

Ohne Bescheinigung des Eigenthumsrechtes ist trotz des Cautionserlages das Executionssistirungsgesuch abzuweisen.

E. v. 25. August 1892, Z. 9874. — (Práv. XV ex 93, Seite 547.)

In der Executionssache des B gegen C pcto. 500 fl. s. N.-G. erwirkte B die executive Pfändung und sohin die executive Feilbietung des seitens des C beim böhmischen Landesausschusse als Caution für übernommene Schlosserarbeiten erlegten Einlagebüchels der Prager städtischen Sparcasse Nr. 87275 über 400 fl. Vor der Vornahme der Feilbietung reichte A gegen B die Klage auf Anerkennung des Eigenthums zum besagten Einlagsbüchel ein, sowie er die Behauptung aufstellte, er habe selbst die Summe von 400 fl. in die genannte Sparcasse eingelegt, hierüber das citirte Einlagsbüchel erhalten und dasselbe sohin dem B zum Behufe des Cautionserlages geliehen. Mit Ausnahme des Haupteides wurden jedoch hierüber keine weiteren Beweise angeboten. Unter Einem mit dieser Klage schritt A um Sistirung der bewilligten executiven Mobilarfeilbietung bis zur rechtskräftigen E. über diese Exscindirungsklage ein und erlegte die Caution für allfälligen Schaden im Betrage von 400 fl. in Baarem.

Die I. J. gab diesem Sistirungseinschreiten statt, wogegen die II. J. über Recurs des B dasselbe zurückwies; denn laut Hofd. vom 29. Mai 1845, JGS Nr. 889, kann Derjenige, welcher auf Anerkennung seines

Eigenthumsrechtes zu den wider einen Anderen in Pfändung gezogenen Sachen klagt, verlangen, dass während der Dauer dieses Strittes im Falle hinreichender Bescheinigung seiner Ansprüche unbedingt, ausser diesem Falle aber nur gegen Sicherstellung für allen Schaden mit den weiteren Executionsschritten innegehalten werde. Es wird also unter allen Umständen eine Bescheinigung des Anspruches des Exscindirungswerbes verlangt, weil die hinreichende Bescheinigung dem entgegengesetzten Falle, nämlich der unzureichenden Bescheinigung entgegengestellt wird, ohne den Fall zu erwähnen, dass keinerlei Belege beigebracht wurden. In diesem letzteren Falle erscheint also die Innehaltung mit der Execution unstatthaft. Nun hat aber A weder zur Exscindirungsklage, noch zum Sistirungsgesuche irgend eine Bescheinigung beigebracht, da ja der Umstand, dass das besagte Einlagsbüchel auf einen dem Namen des A gleichen Namen lautet, einen Beweis darüber, wem das Einlagsbüchel gehört, nicht darstellt; es war daher das Sistirungseinschreiten des A abzuweisen.

Ueber Revisionsrecurs des A bestätigte der OGH die E. II. J. aus den beigefügten Gründen mit dem Beisatze, dass die beim böhmischen Landesausschusse erwirkte Anmerkung der Anmeldung des Eigenthumsrechtes zu jener Caution im Hinblick auf den Umstand, dass diese Caution schon zu öfteren Malen gepfändet wurde, als irgend eine Bescheinigung des Eigenthumsrechtes nicht gelten kann.

2866.

Ein in suspenso belassenes Besitzstörungsverfahren kann auch nach Ablauf eines längeren Zeitraumes reassumirt werden.

E. v. 26. August 1892, Z. 9954. — (GH 7 ex 93, Seite 62.)

Das Gesuch des W. Z. um die Reassumirung des Verfahrens über seine Klage wider J. P. und E. Grafen W. wegen Störung im Besitze des Weiderechtes, welches bald nach eingebrachter Klage in suspenso belassen wurde, hat die I. J. zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

Kläger begehrte die Reassumirung des oberwähnten Besitzstörungsverfahrens zu dem Zwecke und mit dem Vorbehalte, dass er die Klagsbitte ergänzen und berichtigen wolle. Aus den Acten des Verfahrens, welches seitens des Carl V. und Genossen wider dieselben Belangten J. P. und E. Grafen W. wegen der gleichen Besitzstörung durchgeführt wurde, und auf welche sich Kläger selbst beruft, geht nun hervor, dass die Grundarea, um welche es sich in der vorliegenden Klage handelt, alljährlich einer anderen Cultur unterzogen wurde. Das Verfahren in Besitzstörungsstreitsachen hat jedoch den Zweck, den thatsächlichen und momentanen Besitz zu schützen, keineswegs aber dem Kläger zu ermöglichen, dass er

nach Ablauf mehrerer Jahre den Besitzschutz auch dann anstrebe, wenn die Sicherstellung der Sachlage keine unumstössliche Basis für die E. mehr bieten kann und wo diese E. selbst in Anbetracht der ganz geänderten Verhältnisse den gestörten Besitz nicht zu restituiren vermag. Es erscheint mithin nach Analogie des § 2 des kais. Pat. vom 27. October 1849, RGB Nr. 12, und des § 1497 ABG die Reassumirung des Besitzstörungsverfahrens nach Jahren in Anbetracht der geänderten Verhältnisse, insbesondere des gestellten Begehrens einer Aenderung der Klagsschlussbitte unzulässig.

Ueber Recurs des Klägers hat die II. J. den angefochtenen B. dahin abgeändert, dass die angesuchte Reassumirung bewilligt und dem Erstrichter verordnet werde, über das obcitirte Gesuch des Recurrenten eine neuerliche Tagfahrt zur Verhandlung über die Klage anzuordnen und weiters das Amt dem Gesetze gemäss zu handeln.

Denn über die Klage des Recurrenten wurde unter Einem gleichwie über die anderen seitens verschiedener Kläger gegen dieselben Belangten gleichzeitig eingereichten Klagen die Tagfahrt zum Augenscheine am Orte des gestörten Besitzes angeordnet und thatsächlich über alle Klagen laut des Protocolles vom 15. Juni 1887 auch abgehalten, bei welcher Tagfahrt der Vertreter des Recurrenten bereits die Erklärung abgab, dass er die Verhandlung über die Klage des Letzteren einstweilen in suspenso belassen habe, ohne dass die Belangten dagegen opponirt hätten. Es ist mithin das Ansuchen des Recurrenten um Reassumirung der Verhandlung über seine Klage gerechtfertigt.

Der Umstand, dass seit jener Zeit sich die Sache, um die es sich handelt, bedeutend geändert habe, ist unerheblich, weil es sich in dieser Streitsache keineswegs um den heutigen Stand, sondern um denjenigen handelt, welcher zur Zeit der Einreichung der Klage bestand. Dieser letztere Stand ist jedoch durch die Klage und den Localaugenschein sichergestellt, es lässt sich aber auch die Frage, ob eine mittlerweilige Aenderung des Zustandes der Sache irgend einen Einfluss auf das Ergebniss des Strittes haben werde, derzeit gar nicht in Erwägung ziehen, weil es vielmehr Sache der Parteien selbst ist, etwaige Consequenzen hieraus im Verlaufe der Verhandlung abzuleiten. Ebensowenig kann der Umstand in's Gewicht fallen, dass sich der Recurrent in dem Reassumirungsgesuche das Recht vorbehielt, das Begehren der Klage zu ergänzen und zu berichtigen, weil der Kläger darin nicht angegeben hat, in welcher Richtung er diese Ergänzung und Berichtigung vorzunehmen gedenkt, mithin sich schon dermal gar nicht beurtheilen lässt, ob diese intendirte Ergänzung und Berichtigung zulässig ist; vielmehr den Gegnern selbst überlassen bleiben muss, sich in dem Falle, als eine solche Ergänzung und Berichtigung thatsächlich erfolgt, gegen dieselbe im Verfahrenszuge selbst zu wehren, worauf erst der Richter im Endbescheide betreffend die Haupt-

sache in den Stand kommen wird, sich über die Zulässigkeit dieser Ergänzung und Berichtigung schlüssig zu machen. Es besteht also gegenwärtig an Seite des Gerichtes kein Grund zur Abweisung des Gesuches um Reassumirung des Verfahrens.

Den Revisionsrecurs der Belangten wies der OGH unter Hinweis auf die richtige, der Actenlage und dem Gesetze entsprechende Begründung des Oberrichters zurück.

2867.

Das im U. ausgesprochene Verhältniss, in welchem dem einen oder dem anderen Streittheile Kosten gebühren, ist auch bei den Exrotulirungskosten massgebend.

E. v. 30. August 1892, Z. 10231. — (JMB 819 ex 92, Seite 167.)

In E. des Protocolles, betreffend die Exrotulirung der Acten in der Excindirungssache des A wider B, wurde rücksichtlich der Kosten der Tagfahrt erstrichterlich erkannt, dass Geklagter dem Kläger 5·10 fl. und Kläger dem Geklagten 6·14 fl. zu ersetzen habe.

Dem dawider überreichten Recurse des Geklagten stattgebend, änderte das OLG den angefochtenen B. dahin ab, dass die dem Kläger zugesprochenen Kosten auf den Betrag von 1·02 fl. herabgesetzt werden, weil nach dem Hofd. vom 14. November 1807, JGS Nr. 827, auch Kläger berechtigt ist, um die Exrotulirung der Acten anzusuchen; da aber die Exrotulirung der von den Parteien eingelegten Schriften in Folge des Streites stattgefunden hat und daher mit der Processführung im Zusammenhange steht, so sind die Kosten dieser Verhandlung in demselben Verhältnisse, wie die Kosten des Processes selbst zuzuerkennen; und wenn mit rechtskräftigem U. erkannt wurde, dass der Geklagte dem Kläger ein Fünftel der Kosten zu ersetzen hat, so war auch blos ein Fünftel der Kosten der Exrotulirungsverhandlung zuzusprechen.

Unter Abweisung des Revisionsrecurses des Klägers fand der OGH die oberlandesgerichtliche E. in der Erwägung zu bestätigen, dass die Herabsetzung der Ziffer der Kosten um $^4/_5$ aus dem Grunde stattfand, weil im Processe selbst dem Kläger auch nur $^1/_5$ aller von ihm aufgewendeten und als nöthig anerkannten Kosten zugesprochen wurde, dass die Exrotulirungskosten nur aus dem Grunde nicht mit den übrigen Processkosten, sondern abgesondert zugesprochen worden sind, weil sie später entstanden, dass aber die Exrotulirungskosten einen Theil der Processkosten bilden, weil sie zur endlichen Durchsetzung des in der Klage angesprochenen Rechtes nothwendig sind, dass eben darum das im U. ausgesprochene Verhältniss, in welchem dem Kläger Kosten gebühren, auch bei den Exrotulirungskosten massgebend ist.

2868.

Das Hofd. vom 3. Juni 1784, JGS Nr. 298, findet auf Personen, welche aus dem Armenfonde eine jährliche Unterstützung bezogen, ohne jedoch in einem Versorgungshause verpflegt worden zu sein oder aus demselben ihre ausgemessenen Portionen auf die Hand überkommen zu haben, keine Anwendung.

E. v. 30. August 1892, Z. 10234. — (JMB 820 ex 92, Seite 168.)

Das OLG hat den erstrichterlichen B., womit in der Nachlasssache nach Maria N. der Armenfond der Stadt X mit seiner Forderung per 429 fl. auf den Rechtsweg gewiesen wurde, sowie die erfolgte Einantwortung des Nachlasses behoben und dem ersten Richter verordnet, vorerst in Gemässheit der Hofd. vom 3. Juni 1784, JGS Nr. 298, und vom 12. Jänner 1789, JGS Nr. 951, vorzugehen, da im Sinne dieser Hofd. dem Armenfonde der Stadt X., aus welchem die verstorbene Maria N. eine Unterstützung jährlicher 52 fl. bezog, eventuell Ersatzansprüche zustehen können, welche bei der Abhandlung des Nachlasses Berücksichtigung zu finden haben, weshalb die ohne vorgängige ämtliche Erhebung der diesfalls entscheidenden Umstände erfolgte Verweisung des Armenfondes auf den Rechtsweg, wie auch die gleichzeitig erfolgte Einantwortung des Nachlasses behoben werden müssen.

Der OGH hat diese E. aufgehoben und die erstrichterliche E. wieder hergestellt, wobei erwogen wurde, dass das Normale vom 8. Mai 1754, beziehungsweise das Hofd. vom 3. Juni 1784, JGS Nr. 298, in welchem „Erhebungen" in der dort angedeuteten Richtung verordnet werden, „Spitäler", d. i. Personen voraussetzt, welche in Spitälern verpflegt werden, dann auch Personen vor Augen hat, welche aus derlei Verpflegsinstituten ihre ausgemessenen Portionen auf die Hand überkommen und ausser einem Verpflegshause wohnen, dass hiernach die Erblasserin nicht sofort und ohneweiters zu jenen Personen gerechnet werden kann, dass, insoweit endlich das Hofd. vom 12. Jänner 1789, JGS Nr. 951, grundsätzlich ausspricht, „dass den Erben des Verstorbenen seine betrügliche Verschweigung nichts nützen, sondern dem Armeninstitute aus dem Verlassenschaftsvermögen alles Dasjenige zurückgestellt werden (solle), was der Verstorbene aus demselben bezogen hat", hiermit wohl das Recht des Armeninstitutes, Ersatz zu fordern, statuirt ist, keineswegs jedoch ausgesprochen wurde, dass etwa die Gerichte von amtswegen derlei Forderungen einer Partei an eine andere Partei einzutreiben hätten, den Vertretern des Armeninstitutes vielmehr es zu überlassen ist, in den durch die dermal geltenden Gesetze verordneten Formen das angebliche Recht des Armeninstitutes zu wahren.

2869.

Die Vollstreckbarkeit des Delogirungsbescheides ist der Zeit nach unbeschränkt.

E. v. 30. August 1892, Z. 10296. — (Práv. XXIII ex 92, Seite 805.)

I. BG Rakonitz.
II. OLG Prag.

Im Grunde der rechtskräftig gewordenen Aufkündigung sub praes. 12. Februar 1892, kraft deren A den Eheleuten B eine Wohnung in ihrem Hause zu R. auf den Ausziehtermin zu St. Georgi 1892 gekündigt hatte, überreichte A sub praes. 11. Juli 1892 das Delogirungsgesuch, welches die I. J. zurückwies, weil mit Bezug auf § 19 Best.-Verf. die Kündigung blos bis zum Ablaufe des Ausziehtermines zu St. Georgi, daher spätestens bis 7. Mai 1892 exequirbar ist, wie dies namentlich aus der Gegenüberstellung des 1. und 2. Absatzes des § 19 cit. hervorleuchtet, dessen Bestimmungen andernfalls gänzlich überflüssig wären, und weil ferner in Gemässheit der §§ 1116, 1114 und 1115 ABG dafür gehalten werden muss, dass A zufolge Unterlassung der Executionsführung vor Ablauf des Ausziehtermines zu St. Georgi 1892 in die Fortsetzung des Miethvertrages bis zum Ablaufe des nächsten Ausziehtermines zu St. Jacobi 1892 stillschweigend eingewilligt hat; schliesslich, weil es weder mit der wesentlichen Beschaffenheit des Bestandvertrages, noch mit dem Geiste des Gesetzes vereinbar wäre, falls eine Executionsführung auf Grund einer doch nur bis zum Ablaufe des St. Georgi-Termines rechtsgiltigen Kündigung selbst noch nach Jahren zulässig wäre.

Ueber Recurs des A hat die II. J. dem Delogirungsgesuche stattgegeben; denn die zu Gericht angenommene und durch die Gegenseite nicht bestrittene Aufkündigung hat nach § 19 Bestand.-Verf. die Eigenschaft eines gerichtlichen executiv vollstreckbaren Spruches, und es steht nirgends im Gesetze, dass diese Eigenschaft durch die Nichtvollstreckung derselben binnen der Kündigungsfrist vorloren gehe; denn § 1114 ABG spricht von den Fällen, in denen eine Kündigung nicht erfolgte; § 5 des Bestand.-Verf. dagegen, namentlich die Worte daselbst „damit die gerichtliche Kündigung für den nächstfolgenden Termin wirksam sei“ deutet blos an, was Alles erforderlich ist, damit die Kündigung für den nächsten Termin Wirksamkeit erlange. Durch die Kündigung erwarb die Vermietherin das Recht, von den Miethern zu verlangen, dass sie die Bestandsache vor dem Ablauf des Termines räumen und dieses Recht durch das Gesetz auf eine bestimmte Zeitfrist nicht eingeschränkt ist, falls aber die Bestandnehmer verneinen, dass die Kündigung durch Erneuernng des Bestandvertrages erlosch, liegt es ihnen ob, sich nach Weisung des Hofd. vom 22. Juni 1836, JGS Nr. 145, zu benehmen.

Ueber Revisionsrecurs der Eheleute B hat der OGH die E. II. J. als durch die richtigen Motive derselben gerechtfertigt und in der weiteren Erwägung bestätigt, dass die Execution auch in dem Falle bewilligt werden müsste, wenn die Beschwerdeführer die behauptete Erneuerung des Bestandvertrages darzuthun, ja selbst wenn sie die ausdrücklich vereinbarte Erneuerung desselben zu erweisen im Stande wären, indem ihnen diesbezüglich nur die im Absatze 2 des citirten Hofd. bezeichneten Rechtsmittel zu Gebote stünden.

2870.

Persönliche Haftung des Advocaten für die in Folge seines Einschreitens in Angelegenheiten der von ihm vertretenen Partei erwachsenen Commissionsgebühren.

E. v. 6. September 1892, Z. 10353. — (NZ 43 ex 92, Seite 278.)

Gegen einen von der I. J. ergangenen B., betreffend die executive Feilbietung von Fahrnissen, wurde von dem Advocaten Dr. X. in Vertretung der Executen der Recurs eingebracht und derselbe damit begründet, dass angeblich entgegen den Bestimmungen der Executionsnovelle auch solche Gegenstände, welche das Zugehör der dem Executen gehörigen Landwirthschaft bilden oder als für deren Lebensunterhalt unentbehrlich erscheinen, der Execution unterzogen wurden.

Diesem Recurse wurde vom OLG stattgegeben und unter Aufhebung des die Feilbietung bewilligenden B. dem BG verordnet, vorerst festzustellen, welche von den gepfändeten und geschätzten Gegenständen nach den §§ 2 und 3 der Exec.-Nov. der Execution entzogen sind oder nur mit der den Schuldnern gehörigen Liegenschaft in Execution gezogen werden dürfen.

In Folge dieser E. und da es sich um einen bedeutenden landwirthschaftlichen Betrieb mit weiterem fundus instructus handelte, wurde seitens des BG die Vornahme der vom OLG angeordneten Feststellung dem Notar Dr. G. als Gerichtscommissär unter Zuziehung zweier beeideter Sachverständiger aufgetragen.

Für diese Commission wurden nach erstattetem Berichte dem Gerichtscommissär und den beiden Sachverständigen Gebühren im Gesammtbetrage von 98·50 fl. zugesprochen und Dr. X. in Vertretung der Executen angewiesen, diese Gebühren binnen 14 Tagen bei Gericht zu erlegen.

Das nach fruchtlosem Ablaufe dieser Frist von dem Gerichtscommissär und den Sachverständigen eingebrachte Gesuch um zwangsweise Einhebung der obigen Gebühren wurde vorerst dahin erledigt, dass Dr. X. neuerlich aufgefordert wurde, die erwähnten Gebühren bei sonstiger zwangsweiser Einhebung binnen 14 Tagen zu erlegen.

Gegen diesen B. brachte Dr. X. einen Recurs ein, in welchem er den Standpunkt vertrat, dass die Zahlung der Gebühren mit dem erster-

wähnten B. nicht ihm persönlich, sondern nur als Vertreter seiner Partei aufgetragen wurde, gegen ihn daher auch Zwangsmittel nicht zur Anwendung kommen können, sowie er überhaupt eine persönliche Verpflichtung zur Zahlung dieser Gebühren bestritt.

Die II. J. hat diesem Recurse keine Folge zu geben befunden, weil nach § 24 der Verordnung der Minister des Innern, der Justiz und der Finanzen vom 3. Juli 1854, RGB Nr. 169, die Vergütung der Commissionskosten der Beamten, also auch der Notare als Gerichtscommissäre und der Schätzgebühren in der Regel derjenigen Partei oder deren Bevollmächtigten obliegt, welche durch ihr Einschreiten die behördliche Anordnung veranlassst hat und Dr. X. durch seinen als Bevollmächtigten der Executen eingebrachten Recurs die obergerichtliche E., mit welcher die Amtshandlung angeordnet wurde, für welche die fraglichen Kosten erlaufen sind, veranlasst hat, ihm daher mit Recht nomine seiner Partei aufgetragen wurde, diese Gebühren binnen 14 Tagen bei Gericht zu erlegen, weil, da dieser Auftrag längst rechtskräftig ist, der angefochtene B. der Vorschrift des § 29 obiger MV entspricht, daher die Beschwerde des Dr. X., dem selbstverständlich als Vertreter der Executen die allfällige zwangsweise Einhebung dieser Gebühren angedroht wurde, umsoweniger Grund hat, sich darüber zu beschweren, als er nach § 19 AO berechtigt war, für seine Auslagen Vorschüsse zu verlangen und von den für die Executen eingegangenen Baarschaften die Summe derselben in Abzug zu bringen.

Den hiergegen von Dr. X. eingebrachten a. o. Revisionsrecurs hat der OGH unter Bezugnahme auf die Anordnung des Hofd. vom 15. Februar 1833, JGS Nr. 2593, zurückzuweisen befunden, weil die in dem citirten Hofd. zur Abänderung gleichlautender untergerichtlicher Verordnungen vorgeschriebenen Erfordernisse hier nicht vorliegen, indem dabei eine Nullität nicht unterlief, und von einer offenbaren Ungerechtigkeit auch keine Rede sein kann, zumal nach § 24 der MV vom 3. Juli 1854, RGB Nr. 169, der Advocat dem Gerichte gegenüber für die in Angelegenheiten der von ihm vertretenen Partei in Folge seines Einschreitens aufgelaufenen Commissionsgebühren persönlich haftbar ist.

2871.

Den Forderungen der Commune Wien an Zins- und Schulkreuzern gebührt kein gesetzliches Pfandrecht am Hause des Schuldners.

E. v. 6. September 1892, Z. 10690. — (JMB 826 ex 92, Seite 177.)

Zu dem Meistbote für ein von A bei der executiven Feilbietung erstandenes Haus in Wien im Betrage von 90.700 fl. wurden von der I. J. die von der niederösterreichischen Finanzprocuratur namens der Commune Wien angemeldeten $9^1/_4$ Percent Zins- und Schulkreuzer mit 364·54 fl.

als Vorzugspost liquidirt, und die Einwendung des Satzgläubigers B, dass die Zins- und Schulkreuzer nicht als Vorzugspost zu berücksichtigen seien, für nicht zutreffend erklärt, weil dieselben in den Steuervorschreibungen ausdrücklich als städtische Umlage vom Hauszinse bezeichnet und als solche eingehoben werden (Hofd. vom 16. September 1825, JGS Nr. 2132, und vom 4. Jänner 1836, JGS Nr. 113).

Dem Recurse des Satzgläubigers B hat die II. J. Folge gegeben und die Forderung der Commune Wien an Zins- und Schulkreuzern von der Meistbotsvertheilung für das oberwähnte Haus ausgeschlossen, weil die Zins- und Schulkreuzer nicht Concurrenzbeiträge im Sinne des Hofd. vom 4. Jänner 1836, JGS Nr. 113, sind, nicht als ein Zuschlag der Hauszinssteuer, sondern als eine die Miethpartei treffende, nach dem Miethzinse bemessene Gemeindeumlage sich darstellen, mithin nicht die rechtliche Natur einer von der Realität selbst zu entrichtenden Abgabe haben, daher denselben auch kein gesetzliches Pfandrecht an dem Hause, noch weniger ein Vorzugsrecht vor den Tabulargläubigern gebührt.

Der OGH hat die E. II. J. unter Hinweisung auf deren zutreffende Begründung bestätigt.

2872.

Kosten des Incidenzstreites wegen actorischer Caution.

E. v. 6. September 1892, Z. 10655. — (JB 10 ex 93, Seite 119.)
I. HG Wien.
II. OLG Wien.

Bei der ersten Tagfahrt in der summarischen Rechtssache des A, „Eisen-, Metall- und Maschinenhändlers in Wien“, gegen die Firma B begehrte Letztere vom Kläger die Leistung actorischer Caution. Der Kläger verweigerte dieselbe mit Berufung darauf, dass er Eigenthümer eines Wiener Hauses sei, ohne sich jedoch sofort hierüber auszuweisen; über Negation der Geklagten begehrte sohin der Kläger eine Erstreckung behufs Beibringung des fraglichen Ausweises. Bei der neuerlichen Tagsatzung wies Kläger durch Vorlage der Grundbuchsextracte nach, dass er thatsächlich grundbücherlicher Eigenthümer eines Hauses und zweier Bauparcellen in Wien sei, worauf die Geklagte ihr Begehren auf Leistung actorischer Caution zurückzog. Jeder der beiden Streittheile begehrte sohin den Zuspruch der Kosten des Incidenzstreites.

Die I. J. trug dem Kläger auf, dem Geklagten die Kosten beider Tagfahrten zu ersetzen, dies in der Erwägung, „als Kläger in der Klage sich nicht angeboten hat, Sicherstellung für die Gerichtsunkosten zu leisten, § 406 AGO, das Begehren des Geklagten um Leistung einer actorischen Caution vollkommen gesetzlich zulässig war, Kläger daher die Kosten dieses Incidenzstreites verursachte, und durch die Rückziehung des Be-

gehrens um Leistung einer actorischen Caution über Vorhalt des erst bei der zweiten Tagsatzung vorgewiesenen Grundbuchsextractes Geklagter sich des Rechtes, Kosten anzusprechen, nicht begeben hat".

Ueber Recurs des Klägers hat die II. J. diese E. dahin abgeändert, dass Geklagter seine Kosten selbst zu tragen habe und schuldig sei, dem Kläger die Kosten des Incidenzstreites und des Recurses zu ersetzen, „weil Kläger, welcher dargethanermassen mehrere Realitäten in Wien besitzt, daher als kundbar sattsam bemittelt im Sinne des § 406 AGO anzusehen ist, nach dieser Gesetzesstelle nicht verpflichtet war, sich in der Klage zu einer Sicherstellung für die gegnerischen Gerichtskosten zu erbieten, dass es vielmehr Sache der geklagten Firma gewesen wäre, vor Stellung des Begehrens um Leistung einer actorischen Caution Erkundigung über die Vermögensverhältnisse des Klägers einzuholen; weil die geklagte Firma ihr obiges Begehren bei der Tagfahrt vom 27. Juni 1892 zurückgezogen hat, daher gemäss § 399 AGO in diesem Incidenzstreite als sachfällig anzusehen ist und folglich gemäss § 24 der Proc.-Nov. die durch ihr unbegründetes Begehren dem Kläger erwachsenen Kosten zu ersetzen hat".

Der OGH hat über den Revisionsrecurs der geklagten Firma, in welchem dieselbe auf die Schwierigkeiten bei Erkundigung über Vermögensverhältnisse von Privatpersonen und darauf hinwies, dass sich Kläger auf dem Klagsrubrum selbst nicht als Hauseigenthümer bezeichnet habe, die E. des OLG „aus deren Gründen" zu bestätigen befunden.

2873.

Die notarielle Beurkundung, dass eine Partei über Aufforderung der Gegenseite vor dem Notar die Echtheit ihrer Unterschrift auf einer vorgewiesenen Urkunde anerkennt, vermag die Beglaubigung der Unterschrift auf der Urkunde nicht zu ersetzen.

E. v. 6. September 1892, Z. 10689. — (JB 48 ex 92, Seite 577.)

I. BG Hernals.
II. OLG Wien.

Zwischen Apollonia N. und Cäcilie H. war ein Kaufvertrag geschlossen worden, wonach Apollonia N. eine ihr gehörige Realität in D auf Cäcilie H. übertrug. Die Unterschriften der Parteien wurden bei Vertragsabschluss nicht beglaubigt. Dagegen erschien der Vertreter der Frau Cäcilie H. mit einem Notar in der Wohnung der Frau Appollonia N., welche über Befragen nach Vorweisung des Kaufvertrages dem Notar gegenüber ihre Unterschrift als echt anerkannte und bemerkte, sie habe „diese Angelegenheit ihrem Anwalte übergeben". Auf Grund des über diesen thatsächlichen Vorgang ausgefertigten Protocolles und der ertheilten Ausfertigung sowie auf Grund des Kaufvertrages wurde von der I. J. die

Einverleibung des Eigenthumsrechtes für die Käuferin Frau Cäcilie H. bei der den Gegenstand des obenerwähnten Kaufvertrages bildenden Realität bewilligt.

Ueber Recurs der Verkäuferin hat die I. J. diesen B. dahin abgeändert, dass nicht die Einverleibung des Eigenthumsrechtes, sondern bloss die Vormerkung desselben (§ 8 Z. 2 und 35 GBG) bewilligt werde. Dies in der Erwägung, dass dem vorgelegten Kaufvertrage das im § 31 GBG vorgeschriebene Erforderniss der Legalisirung der Unterschrift der Verkäuferin fehlt, und dass dasselbe durch die beigeheftete notarielle Beurkundung nicht ersetzt zu werden vermag, somit die beigebrachte Urkunde wohl die allgemeinen, nicht aber alle in den §§ 31 bis 34 GBG festgesetzten Erfordernisse der Einverleibung besitzt.

Den hiegegen eingebrachten Revisionsrecurs der Käuferin hat der OGH zurückgewiesen und die in Beschwerde gezogene oberlandesgerichtliche Reformatentscheidung aus deren Gründen zu bestätigen befunden — zumal der § 31 GBG die gerichtliche oder notarielle Beglaubigung (Legalisirung) der Unterschrift des Contrahenten auf der Urkunde erfordert — nach § 285 des V. a. St. die amtliche Beglaubigung der Echtheit der Unterschrift in einer Originalurkunde von der Partei selbst angesucht werden muss und daher die notarielle Beurkundung: dass eine Partei über Aufforderung der Gegenseite vor dem Notar die Echtheit ihrer Unterschrift auf einer vorgewiesenen Urkunde anerkannt habe, das im GBG vorgeschriebene Beglaubigtsein der Unterschrift auf der Urkunde zu ersetzen nicht vermag.

2874.

Die Frist zur Erstattung von wechselrechtlichen Einwendungen läuft von dem Tage, an welchem der betreffende Zahlungsbefehl dem im Auslande befindlichen Geklagten, und nicht von jenem Tage, an welchem er dem für den Beklagten bestellten Auslandscurator zugestellt wurde.

E. v. 7. September 1892, Z. 10416. — (JMB 822 ex 92, Seite 172.)

Klägerin hatte wegen einer Wechselsumme am 21. Juni 1892 Zahlungsauflage erwirkt, welche dem für den Geklagten bestellten Auslandscurator am 22. Juni, dem Geklagten selbst aber erst am 30. Juni zugestellt wurde. Am 4. Juli (der 3. Juli war Sonntag) überreichte der Geklagte durch seinen Auslandscurator die Einwendungen, welche demselben unter Ertheilung einer Reproductionsfrist zurückgestellt, somit als rechtzeitig eingebracht angesehen wurden. Am 11. Juli stellte die Klägerin das Ansuchen um executive Mobiliarpfändung, welche mit Rücksicht auf die überreichten Einwendungen nur zur Sicherstellung der Wechselforderung bewilligt wurde. Gegen diese zwei erstrichterlichen E. überreichte Klägerin den Appellationsrecurs, in welchem behauptet wurde, dass die

Frist zur Erstattung der Einwendungen von der Zustellung der Zahlungsauflage an den Auslandscurator und nicht von der Zustellung an den Geklagten zu berechnen war, weshalb die Einwendungen als verspätet zurückzuweisen waren, und das Executionsgesuch nicht blos zur Sicherstellung bewilligt werden sollte.

Das OLG hat den Recurs zurückgewiesen, weil es im Sinne des Hofd. vom 11. Mai 1833, JGS Nr. 2612, gelegen ist, dass die Frist zur Erstattung von wechselrechtlichen Einwendungen erst von dem Tage berechnet wird, an welchem der betreffende Zahlungsbefehl dem im Auslande befindlichen Geklagten zugestellt wurde, indem durch die Zustellung an den gleichzeitig bestellten Auslandscurator nur die Rechte dieses Geklagten gewahrt, keineswegs aber eingeschränkt werden sollen, und weil hienach die eingebrachten Einwendungen als rechtzeitig überreicht anzusehen sind.

Der OGH hat den gegen diese E. eingebrachten a. o. Revisionsrecurs wegen Abganges der Voraussetzungen des Hofd. vom 15. Februar 1833, JGS Nr. 2593, zurückgewiesen, zumal der Aufenthaltsort des Beklagten bekannt war, die Zustellung der Zahlungsauflage daher zu seinen eigenen Handen erfolgen konnte und auch thatsächlich erfolgt ist, die angefochtenen E. somit dem Sinne des Hofd. vom 11. Mai 1833, JGS Nr. 2612, entsprechen.

2875.

Der Gläubiger, welcher die Priorität seiner Forderung vor einem Ausgedinge erlangt, kann nur die Zinsen des Deckungscapitals in seiner Rangordnung ansprechen, nicht aber die Bezahlung seiner Forderung.

E. v. 7. September 1892, Z. 10464. — (Práv. XX ex 92, Seite 700.)
I. BG Čáslau.
II. OLG Prag.

Ob der Realität X in P haftete in erster Rangordnung das Ausgeding und Wohnungsrecht der A, sodann an zweiter Stelle die Forderung der Sparcasse zu B per 1000 fl., an dritter jene der Vorschusscasse zu C per 500 fl., und an vierter jene der Eheleute D per 500 fl., welchen Forderungen die Priorität vor jenem Ausgedinge eingeräumt war.

Nachdem die Realität X in executiver Feilbietung um den Meistbot per 2280 fl. verkauft wurde, hat die I. J. auf diesen Meistbot zur Zahlung angewiesen: a) als Vorzugspost die Steuern sammt Zuschlägen per 81 fl., sodann b) als erste Post in der bücherlichen Rangordnung die für zweieinhalb Jahre rückständigen Ausgedingsgiebigkeiten zu Gunsten der A in dem ermittelten Gesammtbetrage per 551 fl., ferner von dem für das Ausgedinge mit 5000 fl. ermittelten Deckungscapitale einen Theilbetrag derselben per 1647·42 fl. zur Befriedigung der mit dem Vorrange vor dem Ausgedinge ausgestatteten Sparcasse zu B im Gesammtausmasse

ihrer Forderung sammt Nebengebühren per 1100·51 fl., ferner zur Befriedigung der nachkommenden Forderung der Vorschusscassa zu C s. N.-G. mit dem Theilbetrage per 546·91 fl., womit der Meistbot erschöpft ist und sowohl die Vorschusscasse C mit dem Restbetrage, als auch die späteren Tabulargläubiger und insbesondere die Ausgedingerin A leer ausgehen; denn wenngleich den dem Ausgedinge nachfolgenden Gläubigern die Priorität betreffs ihrer Forderungen vor jenem Ausgedinge eingeräumt wurde, waren die rückständigen Giebigkeiten dieses Ausgedinges dennoch vor jenen Forderungen zuzuweisen, indem die Einräumung des Vorranges seitens der Ausgedingerin A nur die Bedeutung hat, dass die solchergestalt bevorzugten Gläubiger auf das für das Ausgeding und Wohnungsrecht ermittelte Deckungscapital ein Anrecht haben, keineswegs aber auf die fälligen Ausgedingsrückstände, weil aus der Einräumung der Priorität kein persönliches Schuldverhältniss zu den Ausgedingsberechtigten entstanden ist.

Ueber Recurs der Ersteher und der Hypothekargläubiger hat jedoch die II. J. die angefochtene E. behoben und erkannt, dass die Ausgedingsrückstände in dem ermittelten Betrage per 551 fl. der Sparcasse zu B zur theilweisen Befriedigung mit ihrer Forderung zugewiesen werden, dagegen aber diese Sparcassa mit dem Reste derselben, ferner die übrigen Tabulargläubiger mit ihren nachfolgenden Forderungen leer ausgehen, und auf das Deckungscapital für das Ausgeding der A per 5000 fl. respective auf die aus dem Meistbote hiefür verwahrte Theilsumme per 1647·42 fl. derart gewiesen werden, dass die Ersteher lediglich verpflichtet erschienen, die 5 Percent Zinsen von diesem Deckungscapitale, daher eine Quote per 250 fl. alljährlich bis zum Ableben der Ausgedingerin oder bis zur Erschöpfung der verwahrten Theilsumme per 1647·42 fl. zur Befriedigung des Restes der Forderung der Sparcasse zu B und nach deren Tilgung zur Befriedigung der weiteren Forderungen, denen der Vorrang vor dem Ausgedinge ursprünglich eingeräumt wurde, abzuführen; denn durch die Abtretung des Vorranges vor dem Ausgedinge konnten die erwähnten Gläubiger nicht mehr Rechte erlangen, als der Ausgedingerin selbst zustanden. Der A stand jedoch blos der Anspruch auf die alljährlich zu entrichtenden Giebigkeiten zu, weshalb den Gläubigern lediglich diese, keineswegs aber das Deckungscapital zugewiesen werden konnten, welches überhaupt keine abgesonderte Forderung, sondern blos die ziffermässige Ermittlung jenes Betrages darstellt, mit welchem die Last der gesammten Jahresleistung gedeckt erscheint.

Den Revisionsrecurs der Sparcasse zu B verwarf der OGH, weil in diesem Falle die executiven Erkäufer weder nach dem Gesetze, noch laut den Feilbietungsbedingungen angewiesen werden können, statt der Jahresgiebigkeiten für diese Reallast sofort das ermittelte Deckungscapital, soweit der Meistbot reicht, zu erlegen.

2876.

Der um Bestellung eines Curators ad actum für die Geklagten ansuchende Kläger ist nicht verpflichtet, für die Angabe, dass die Geklagten gestorben und die Erben derselben unbekannt sind, eine amtliche Bescheinigung beizubringen.

E. v. 7. September 1892, Z. 10585. — (JB 48 ex 92, Seite 576.)

Ueber das von A gestellte Ansuchen wurde Dr. Z. behufs Empfangnahme des über die Klage zur mündlichen Verhandlung vorbeschiedenen Klagsbescheides wider Josef S. und Consorten wegen Aufhebung der Gemeinschaft des Eigenthumes an der St. Josefs Kohlenzeche bei T., sowie aller in dieser Rechtsache etwa noch ergehenden gerichtlichen E. zur Wahrung der Rechte des nach Angabe der Klage ohne bekannte Erben verstorbenen Geklagten zum Curator ad actum bestellt und angewiesen, sich dieser Curatel sofort zu unterziehen und dieselbe dem Gesetze gemäss zu führen.

Ueber Recurs des Dr. Z. gegen den Bestellungsbescheid und gegen die aufrechte E. der vorbezogenen Klage, in welchem er insbesondere ausführte, dass nach § 158 des Berggesetzes Bergbauunternehmer und nach § 148 desselben Gesetzes Mitgewerke, welche in dem Bezirke der Bergbehörde wohnen, der Bergbehörde einen in diesem Bezirke wohnhaften Bevollmächtigten anzuzeigen haben, welcher ihre Stelle zu vertreten, beziehungsweise die Verwaltung zu besorgen hat, dass sohin der Kläger vorerst die Verpflichtung hatte, den Aufenthalt der Geklagten, sei es bei der Sicherheitsbehörde, sei es bei der zuständigen Bergbehörde, auszuforschen, beziehungsweise deren Bevollmächtigte zu eruiren, und keineswegs berechtigt war, ohne in der Klage auch nur irgend welche Bescheinigung über das Verschollensein oder den unbekannten Aufenthalt der Geklagten beziehungsweise deren Erben, wie es das Hofd. vom 18. Mai 1790, JGS Nr. 23, verlangt, beizubringen, um Aufstellung eines Curators ad actum für dieselben anzusuchen, hat die II. J. stattzugeben, die erfolgte Bestellung des Dr. Z. zum Curator ad actum zu beheben und den angefochtenen B., inhaltlich dessen die Klage des A aufrecht erledigt wurde, dahin abzuändern befunden, dass die Klage vorläufig dem Kläger rückgestellt werde, weil der Kläger zwar in der Klage behauptet, dass die Geklagten respective deren Erben unbekannt sind, diese Behauptung aber in keiner Weise bescheinigt erscheint und die obwaltenden Umstände, und zwar, da es sich um ein Miteigenthum handelt und für Evidenzhaltung von Interessenten an Montanobjecten besondere Vorschriften bestehen, nicht annehmen lassen, dass die Belangten auszuforschen dem Kläger nicht möglich sein sollte, zumal wenn berücksichtigt wird, dass es dem Kläger, da es ihm nicht unmöglich war, zu erforschen, dass die in der Klage an-

geführten Personen todt seien, sohin auch nicht unmöglich sein kann, zu erforschen, wer ihre Erben seien.

Der OGH hat dem Revisionsrecurse des A stattzugeben und den B. der I. J. wieder herzustellen befunden, weil von dem Kläger für die Angabe, dass die Geklagten gestorben und deren Erben ihm unbekannt sind, weder nach dem nur im Falle der angeblichen Unkenntniss des Aufenthaltsortes des sonst bekannten Geklagten anwendbaren Hofd. vom 18. Mai 1790, JGS Nr. 23, noch vermöge einer anderen gesetzlichen Bestimmung eine amtliche Bescheinigung beizubringen ist, vielmehr dem bestellten Curator obliegt, seine Pflegebefohlenen im geeigneten Wege nach Thunlichkeit auszuforschen und von der Rechtslage in die Kenntniss zu setzen.

2877.

Die von ihrem Ehegatten freiwillig abgesondert lebende, jedoch nicht geschiedene Ehegattin kann die Ausfolgung der von ihr in die Ehe eingebrachten Ausstattung nicht fordern, und begründet die Vorenthaltung der Ausstattung seitens des Ehemannes keine Besitzstörung.

E. v. 9. September 1892, Z. 9182. — (GH 49 ex 92, Seite 417.)

I. KG Reichenberg.
II. OLG Prag.

Bertha M. hatte ihren Ehegatten Robert M. freiwillig verlassen und gleichzeitig die Ausfolgung der von ihr in die Ehe eingebrachten „Ausstattung", bestehend in der gesammten Wohnungs- und Kücheneinrichtung, verlangt. Da Robert M. diese Herausgabe der Einrichtungsgegenstände verweigerte, belangte ihn Bertha M. mit der Besitzstörungsklage, wurde jedoch mit derselben in allen drei Instanzen abgewiesen.

Nunmehr klagte die Ehegattin Bertha M. ihren Ehegatten Robert M. auf Anerkennung der Freiheit des Eigenthumes an diesen die Ausstattung bildenden Gegenständen und stellte darin die Bitte, zu erkennen, diese Fahrnisse seien ihr freies Eigenthum, ihrem Ehegatten stehe keinerlei Dienstbarkeit oder Verfügungsrecht über dieselben zu, ihr Ehegatte sei schuldig, dies anzuerkennen, und bei Executionsfolgen schuldig, ihr diese Gegenstände zurückzustellen, beziehungsweise ihr die freie Verfügung darüber zu gestatten.

Diese Klage hat die I. J. unbedingt dermalen abgewiesen mit nachstehender

Begründung:

Es ist unbestreitbar, dass die in Rede stehenden Sachen von der Klägerin, theils durch Anschaffung von Seite ihres Vaters, theils als ihr dargebrachte Hochzeitsgeschenke in die mit dem Geklagten geschlossene Ehe als „Ausstattung" eingebracht wurden.

Wenn nun auch nirgends im Gesetze „Ausstattung“ als gleichbedeutend mit dem „Heiratsgute“ erklärt wird, so ergibt es sich doch sowohl aus dem Sprachgebrauche, als auch aus den Vorkommnissen des täglichen Lebens, dass unter „Ausstattung der Braut“ jener Theil des Heiratsgutes derselben verstanden wird, der „in Aussicht auf die eheliche Verbindung“ der Braut in von beiden Theilen benutzbaren Fahrnissen gegeben wird, und sehr oft ersetzt die Ausstattung das Heiratsgut überhaupt, beziehungsweise wird ausser der Ausstattung der Braut nichts weiter mitgegeben. Hieraus aber, dass die Ausstattung eben „in Absicht auf die eheliche Verbindung“ gegeben wird, sowie aus der Art und Zahl der Gegenstände, die den Gebrauch von Seite nur einer Person als widersinnig erweisen, im Gegentheile als zum gemeinschaftlichen Gebrauche eines Ehepaares bestimmt erscheinen, folgt, dass betreffs des in Fahrnissen bestehenden Heiratsgutes das Verhältniss des § 1228 ABG besteht.

Bei Bestand dieses Verhältnisses kann man aber nicht sagen, dass der Geklagte, der das Eigenthumsrecht seiner Ehegattin an diesen Gegenständen gar nicht in Abrede stellt, und betreffs dessen die Klägerin auch nirgends behauptet hat, dass er ihr Eigenthumsrecht bestritten habe, diese ihre Sachen ihr vorenthalten habe, und fehlt es somit an der Voraussetzung der Eigenthumsklage nach § 366 ABG, umsomehr, als Klägerin durch Einbringung dieser Sachen als Ausstattung „in Absicht auf die eheliche Verbindung“ bei Eingehung eben dieser Ehe in die gemeinschaftliche Wohnung den Ehemann, den jetzigen Geklagten, in den Mitbesitz dieser Sachen setzte, die eheliche Verbindung und somit auch der Zweck, zu dem die Sachen gewidmet waren, gesetzlich fortdauert, wenn auch die Klägerin diesen Zweck, die eheliche Gemeinschaft, wie sie stillschweigend zugestanden, eigenmächtig und widerrechtlich aufgehoben hat.

Erst dann, wenn die eheliche Gemeinschaft, sei es durch Scheidung der Ehe, sei es durch Bewilligung eines abgesonderten Wohnortes rechtlich aufgehoben ist, erst dann ist der Zweck, zu dem die Ausstattung gegeben worden, die Voraussetzung, unter der sich der Ehegatte im Mitbesitze und in der Mitbenützung der Ausstattung befunden hat, entfallen und erloschen, und dann hätte die Rückforderung der Ausstattung seitens der Ehegattin ihre Begründung.

In dem gegenwärtigen Verhältnisse aber war die Klage sowohl betreffs des nicht bestrittenen Eigenthumsrechtes, als auch betreffs der Herausgabe der Sachen dermalen abzuweisen.

Ueber Appellation der Klägerin hat die II. J. der Klage vollinhaltlich stattgegeben aus folgenden Gründen

Gründen:

Der Geklagte Robert M. gesteht zu, dass die sämmtlichen in der Klage angeführten Gegenstände der Klägerin Bertha M. aus Anlass ihrer

Verehelichung mit ihm, dem Geklagten, theils von ihrem Vater als Ausstattung gekauft und übergeben, theils von anderen, in der Klage benannten Personen als Hochzeitsgeschenke geschenkt und übergeben worden sind, dass sich diese Gegenstände in der Wohnung des Geklagten und in seinem Besitze befinden, und dass er, Geklagter, als Klägerin im Mai 1891 über einige dieser Gegenstände verfügen und dieselben wegschaffen wollte, sie daran gehindert habe.

Der Geklagte anerkennt ferner das Eigenthum der Klägerin an den in der Klage bezeichneten Sachen, macht auch nicht geltend, dass ihm ein, dieses Eigenthum beschränkendes gesetzliches oder Vertragsrecht zukomme, und weigert sich nur aus dem Grunde, die Sachen zur alleinigen Verfügung der Klägerin, welche ihn eigenmächtig und grundlos verlassen habe, herauszugeben, weil er sich hiezu, insolange die Ehe nicht geschieden, oder der Klägerin wenigstens die gerichtliche Bewilligung eines abgesonderten Wohnortes nicht ertheilt wurde, nicht für verpflichtet hält.

Wird nun erwogen, dass laut § 1233 ABG die eheliche Verbindung allein noch keine Gemeinschaft der Güter zwischen den Ehegatten begründet, dass der Geklagte selbst gar nicht behauptet, dass diese Gegenstände ihm als Heiratsgut zugebracht worden sind, in welchem Falle ihm dann an diesen Sachen der Fruchtgenuss, beziehungsweise das Gebrauchsrecht des § 1228 ABG zustehen würde, vielmehr zugibt, dass dieselben als Ausstattung, beziehungsweise als Hochzeitsgeschenke der Klägerin übergeben worden sind, dass an der Ausstattung, obwohl sie mit Rücksicht auf die eheliche Verbindung gegeben wird, und eine gewisse Mitbenützung derselben seitens des Mannes möglich ist, dem Ehegatten ein gesetzliches Fruchtniessungs-, beziehungsweise Gebrauchsrecht nicht zusteht, dass der Geklagte sohin eine Beschränkung des klägerischen Eigenthumes zu seinen Gunsten, oder eine Gütergemeinschaft gar nicht behauptet, geschweige denn erwiesen hat, und dass somit diese Gegenstände ein freies und unbeschränktes Eigenthum der Klägerin bilden, so folgt hieraus, dass Geklagter nicht berechtigt ist, wenn ihn seine Gattin auch grundlos verlassen hat, an ihrem Vermögen Retentionsrechte zu üben, vielmehr ist derselbe schuldig, die in der Klage erwähnten Gegenstände, deren unbeschränktes Eigenthum seitens der Klägerin er zugibt, derselben bedingungslos auszufolgen.

Dabei bleibt es ihm unbenommen, wenn er eine Wiedervereinigung mit seiner Ehegattin anstrebt, dieses gemäss der §§ 92 und 93 ABG im gesetzlichen Wege geltend zu machen.

Es war daher in Stattgebung der Appellation das U. dahin abzuändern, dass der Klage vollinhaltlich stattgegeben wird.

Der OGH hat in Stattgebung der Revisionsbeschwerde des Geklagten das U. I. J. aus dessen im Wesentlichen dem Gesetze und der Sachlage entsprechenden Gründen und in der Erwägung zu bestätigen befunden

dass die Fälle, in welchen ein Ehegatte die Absonderung des Vermögens, welches den Gegenstand der Ehepacte bildet, verlangen darf, in den §§ 1260 und 1266 ABG behandelt werden, ein solcher Fall hier aber nicht vorliegt.

2878.

Die im § 6 des Gesetzes vom 1. April 1875, Z. 10315, enthaltene Frist von acht Tagen für die Anfechtung von börsenschiedsrichterlichen E. ist von Amtswegen wahrzunehmen, ohne Rücksicht darauf, ob das Schiedsgericht als obligatorisches oder als frei gewähltes erkannt hat.

E. v. 11. September 1892, Z. 11236. — (GH 2 ex 93, Seite 14.)

I. HG Wien.
II. OLG Wien.

Die I. J. hat die Klage des A gegen die Firma B wegen Ungiltigkeitserklärung eines Schiedsspruches des Schiedsgerichtes der Börse für landwirthschaftliche Producte in Wien der Geklagten um die binnen dreissig Tagen zu erstattende Einrede zugestellt.

Dem Recurse der Geklagten hat die II. J. Folge gegeben und den angefochtenen B. dahin abgeändert, dass die Klage als zu einem gerichtlichen Verfahren nicht geeignet zurückgewiesen wird; dies in der Erwägung, dass nach § 6 des Gesetzes vom 1. April 1875, RGB Nr. 67, die Klage auf Ungiltigkeit des Schiedsspruches eines Börsenschiedsgerichtes binnen der unerstreckbaren Frist von acht Tagen nach der Zustellung des schiedsrichterlichen E. anzubringen ist, und dass in dem vorliegenden Falle nach der inzwischen eingeholten Mittheilung des Schiedsgerichtes der Börse für landwirthschaftliche Producte in Wien, deren Inhalt mit den eigenen Angaben des Klägers diesfalls übereinstimmt, die Zustellung des angefochtenen schiedsrichterlichen U. vom 14. April 1892 an den nunmehrigen Kläger, respective dessen Vertreter am 24. Mai 1892 erfolgt ist, weshalb die erst am 2. Juni 1892 bei der I. J. überreichte Klage als verspätet anzusehen ist; ferner in der Erwägung, dass diese Verspätung von Amtswegen berücksichtigt werden muss, weil in Folge der Verspätung die Zuständigkeit des o. Gerichtes ausgeschlossen ist und demzufolge nach §§ 1 und 2 JN die Zurückweisung der verspäteten Klage von Amtswegen zu erfolgen hat.

Dem Revisionsrecurse des Klägers hat der OGH keine Folge zu geben und die angefochtene obergerichtliche Verordnung zu bestätigen befunden, weil der Schiedsspruch eines Börsenschiedsgerichtes vorliegt, welcher gemäss § 6 des Gesetzes vom 1. April 1875, RGB Nr. 67, nur innerhalb acht Tagen angefochten werden kann, die Einhaltung dieser Frist der Richter von Amtswegen wahrzunehmen hat, da nur in diesem Falle er zu einer Judicatur berufen erscheint und der Umstand, dass das

Schiedsgericht hier nur in Folge Compromisses und nicht obligatorisch eingeschritten ist, ohne Belang erscheint, weil der § 6 des bezogenen Gesetzes diesfalls nicht unterscheidet, weshalb mit Recht von dem OLG die erst am neunten Tage nach Zustellung des Schiedsspruches überreichte Annullirungsklage als zu einem gerichtlichen Verfahren nicht geeignet zurückgewiesen worden ist.

2879.

Ausser dem im § 3 Alinea 3 NO vorgesehenen Falle genügt die wenn auch erst nachträglich legalisirte Cession des Forderungsberechtigten auch behufs Uebertragung der Vollstreckbarkeit eines Notariatsactes auf den Cessionär.

E. v. 13. September 1892, Z. 10779. — (NZ 51 ex 92, Seite 327.)

Auf Grund des mit der Clausel der sofortigen Vollstreckbarkeit versehenen Notariatsactes vom 17. Februar 1892 und der Cession vom 1. Juni 1892 hat die I. J. dem B als Cessionär des A die executive Einantwortung der dem C gegen die Versicherungsgesellschaft X zustehenden Brandschadenersatzforderung von 1445·55 fl. auf Abschlag der Forderung des Exequenten per 1599·13 fl. bewilligt. Den Recurs des Masseverwalters in dem mittlerweile über das Vermögen des C eröffneten Concurse hat die II. J. abgewiesen, weil im Notariatsacte die Person des Berechtigten A genau bestimmt erscheint und die Uebertragung der Forderung des A an B durch die Cession vom 1. Juni 1892, nach § 113 AGO genügend ausgewiesen ist.

Dagegen brachte der CMV den a. o. Revisionsrecurs ein und machte in demselben geltend: Die Unterschrift des A auf der Cession vom 1. Juni 1892 erfolgte erst am 3. Juni 1892. Der § 113 AGO handelt nur von der Glaubwürdigkeit der Urkunden. Die Glaubwürdigkeit beziehungsweise die Echtheit der Unterschrift des A wird nicht bestritten. Es handelt sich um die Uebertragung der Vollstreckbarkeit auf den Cessionär. Ein Recht, das nur durch einen Notariatsact erworben werden kann, wird naturgemäss auch nur durch einen Notariatsact übertragen werden können. Jedenfalls muss die Unterschrift des Cedenten beglaubigt sein (Absatz 3 des § 3 NO), wenn mit der Cession auch die Vollstreckbarkeit an den Cessionär übergehen soll, beziehungsweise auch bei einer Aenderung in der Person des Berechtigten (§ 3 Absatz 1 NO) gesichert bleiben soll.

Der OGH hat diesem a. o. Revisionsrecurse eine Folge nicht zu geben befunden, weil der vom Exequenten beigebrachte Notariatsact alle Erfordernisse für die sofortige Vollstreckbarkeit der darin anerkannten Schuld des Executen nach § 3 Alinea 1 NO enthält, für die Uebertragung dieser Vollstreckbarkeit von dem Berechtigten an den Exequenten mit Rücksicht darauf, dass die Vollstreckbarkeit nicht erst, wie in dem im

§ 3 Alinea 3 NO vorgesehenen Falle, gesichert werden soll, es sich vielmehr blos um die Uebertragung eines bereits erworbenen Rechtes handelt, die vom Berechtigten ausgestellte Cession an den Exequenten genügt, übrigens die Echtheit der vorgelegten Cessionsurkunde vom Recurrenten nicht bestritten wird und durch die wenn auch nachträgliche Legalisirung der Unterschrift des Cedenten ausgewiesen ist.

2880.

Nullität einer obergerichtlichen E., wodurch über das den Ausführungen der Beschwerdeschrift zu entnehmende Begehren hinaus erkannt wurde (reformatio in pejus) (§ 331 wg. GO).

E. v. 14. September 1892, Z. 9093. — (GZ 28 ex 93, Seite 230.)
I. KG Złoczow.
II. OLG Lemberg.

In der summarisch verhandelten Rechtssache des A und B, sowie des dem Streite als Vertretungsleister beigetretenen C, als Kläger gegen D als Geklagten wegen Zahlung von 160·57 fl. ö. W. s. N.-G. erkannte die I. J. auf den in der Klage angebotenen, von dem Belangten in negativer Form zu leistenden Haupteid über das Factum des zu Stande gekommenen Kaufvertrages, betreffend gewisse Holzmaterialien zu den angegebenen Einheitspreisen, sowie über das Factum der erfolgten Ablieferung, resp. Uebernahme des erwähnten Holzmaterials.

Gegen dieses U. beschwerte sich blos der Belangte, indem er ausführte, dass er die Thatsache der Ablieferung, resp. Uebernahme im Laufe des Verfahrens niemals bestritten und gegen das Klagsbegehren blos die Einwendung erhoben habe, dass er niemals das strittige Holzmaterial aus dem Titel eines Kaufvertrages bezogen habe, und verlangte sonach die Trennung der vom ersten Richter normirten Eidessentenz.

Das OLG fand der Appellation des Geklagten stattzugeben und das angefochtene U. in seinem das Beweisthema normirenden Absatze abzuändern und erkannte bedingt auf den vom Vertretungsleister C zu schwörenden Haupteid über das Factum der Ausfolgung des Holzmaterials und den vom Geklagten zu leistenden Haupteid des Geklagten über die Behauptung der vereinbarten Preise, sowie auf den eventuell abzulegenden Schätzungseid der Kläger.

Ueber die Nullitäts-, resp. Revisionsbeschwerde des Geklagten, welcher ausführte, dass die obergerichtliche E. eine reformatio in pejus für ihn bedeute, weil nicht nur sein Appellationsbegehren wegen Separirung der zwei in der erstrichterlichen Eidesformel begriffenen Facta nicht berücksichtigt, sondern sogar die E. des Streites in die Hände der Kläger gelegt wurde, fand der OGH beide untergerichtlichen U. als nichtig aufzuheben und dem Erstgerichte zu verordnen, mit einer neuerlichen, der

Actenlage entsprechenden Urtheilsfällung vorzugehen und hiebei auch auf die Appellations- und Revisionskosten des Geklagten Rücksicht zu nehmen, weil das OLG, welches die E. des Streites von der Abschwörung des durch den freiwilligen Vertretungsleister C über die laut Auftrag des Geklagten erfolgte Ausfolgung des bezogenen Holzmaterials, dann des Haupteides des Geklagten über die Behauptung der vereinbarten Preise, eventuell des Schätzungseides der Kläger abhängig machte, über das den Ausführungen der Appellationsbeschwerde zu entnehmende Begehren hinaus erkannt hatte, das U. des Kreisgerichtes aber deshalb als nichtig sich darstellt, weil dasselbe ein von den Klägern in der Replik zurückgezogenes Beweismittel seiner E. zu Grunde legte, daher durch den Haupteid die Grundlage einer E. in höherer Instanz abzugeben nicht geeignet sein kann.

2881.

Durch einen selbst grundbücherlich sichergestellten neuen Bestandvertrag über eine bereits in Bestand gegebene Sache tritt der neue Bestandnehmer nicht in das Kündigungsrecht des Bestandgebers gegenüber dem bisherigen Bestandnehmer ein.

E. v. 15. September 1892, Z. 10674. — (JMB 823 ex 92, Seite 173.)

Die Eigenthümer mehrerer Realitäten verpachteten 1. am 10. Februar 1888 den Eheleuten A einen Theil ihres Realitätencomplexes auf 5 Jahre, und 2. am 26. Februar 1891 ihre sämmtlichen Realitäten, darunter auch den erwähnten Theil, an B, welche ihre Pachtrechte grundbücherlich eintragen liess. Gegen die von B am 29. October 1891 wider die Eheleute A eingebrachte Pachtkündigung erhoben diese Einwendungen, in welchen sie insbesondere die Berechtigung der B zur Kündigung bestritten.

Nach durchgeführter Verhandlung hat die I. J. die Kündigung aufrecht erhalten, weil die Eigenthümer mit dem Vertrage vom 26. Februar 1891 der B „offenbar“ auch das Kündigungsrecht einräumten.

Das OLG hat den Einwendungen Folge gegeben und die Kündigung für rechtsunwirksam erklärt aus nachstehenden

Gründen:

Gemäss §§ 354, 362, 1093 ABG steht nur dem Eigenthümer das Recht zu, seine Sachen oder Rechte zu verpachten und den Pacht unter Beobachtung der vom Gesetze und Vertrage gesetzten Grenzen wieder aufzulösen. Die Geklagte folgert ihr Kündigungsrecht aus dem Umstande, dass sie die gesammten Realitäten, darunter auch den von den Eheleuten A gepachten Theil, in Pacht genommen habe, und dass ihre Pachtrechte grundbücherlich versichert worden seien. Durch diesen ohne Zuthun der Kläger abgeschlossenen Vertrag vom 26. Februar 1891 können die Rechte derselben nicht berührt werden, und zwar um so weniger, als der § 1120

ABG auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar ist, und als auch der Eigenthümer in der Ausübung seines Eigenthumsrechtes gemäss § 364 ABG durch die Rechte Dritter beschränkt ist. Uebrigens enthält der Pachtvertrag vom 26. Februar 1891 keinerlei Andeutung, dass dem neuen Pächter das Recht der Kündigung gegenüber den alten Pächtern übertragen worden wäre, und kann die Anerkennung eines Rechtes von Seite der Kläger weder aus dem Umstande, dass sie vom Vertrage Kenntniss hatten und dagegen keine Einwendung erhoben haben, noch daraus gefolgert werden, dass sie den Pachtzins an die Geklagte bezahlten, weil die Kläger weder ein Recht hatten, gegen einen von den Eigenthümern mit einer dritten Person abgeschlossenen Vertrag zu protestiren, noch der Anweisung zur Zahlung des Pachtzinses an die Geklagte zu widerstreben. Der Geklagten steht daher weder aus dem Vertrage, noch aus dem Gesetze das Recht der Kündigung gegenüber den Klägern zu, wobei nur noch bemerkt wird, dass an dieser Auffassung auch die grundbücherliche Einverleibung des Pachtvertrages vom 26. Februar 1891 nichts ändern kann, weil hiedurch nur die Rechte der Pächterin gegen die Eigenthümer der Pachtrealitäten sichergestellt, erworbene Rechte dritter Personen aber nicht berührt werden.

Der OGH hat das obergerichtliche U. aus dessen sachgemässen und gesetzlichen Gründen und in der weiteren Erwägung zu bestätigen befunden, dass durch den Bestandvertrag der Bestandnehmer nur ein persönliches Recht gegen den Bestandgeber erlangt, welches er zwar durch die Eintragung in das öffentliche Buch in eine dingliche Last verwandeln kann, die sich jeder nachfolgende Besitzer gefallen lassen muss, dass aber diese Eintragung nur zur Wahrung der Rechte des Bestandnehmers dient, die Befugnisse desselben dadurch nicht erweitert werden, der Bestandnehmer daher nicht in die Eigenthumsrechte des Bestandgebers eintritt, und nur die Eigenthümer der Realitäten zur Kündigung des mit den Eheleuten A geschlossenen Pachtvertrages als berechtigt erscheinen.

2882.

Der ausdrückliche Verzicht des Bestandgebers auf das Kündigungsrecht widerstreitet nicht dem gesetzlichen Begriffe des Bestandvertrages und ist für die Lebenszeit des Bestandgebers rechtswirksam.

E. v. 15. September 1892, Z. 10821. — (JMB 824 ex 92, Seite 174.)

Das Klagebegehren des A gegen B auf Unwirksamkeit der Aufkündigung eines Bestandvertrages wurde von der I. J. abgewiesen.

Gründe:

Die hier in Betracht kommende Frage, ob die Verpächter B trotz ihres vertragsmässigen Verzichtes, den Bestandvertrag aufzukünden, doch hiezu aus dem Titel des Gesetzes berechtigt seien, muss bejaht werden,

weil sich aus dem Zusammenhalte der Bestimmungen der §§ 1090, 1113, 1114, 1116 ABG mit voller Sicherheit ergibt, dass der Bestandvertrag auf eine gewisse Zeit, d. i. auf eine vertragsmässig oder gesetzlich bestimmte Zeit geschlossen werden kann und muss, dass daher die Auflösbarkeit nach Verlauf dieser Zeit zur Wesenheit des Bestandvertrages gehört, ein Verzicht auf das Recht der Aufkündigung der Natur eines solchen Vertrages widerspricht und daher unzulässig und als nicht beigesetzt zu betrachten ist und ebenso wirkungslos erscheint, als das Versprechen, den Pacht so lange nicht zu kündigen, als der Pachtschilling in der vertragsmässigen Frist gezahlt werde, weil in dem einen, wie in dem anderen Falle dem Verpächter die Auflösung des Vertrages aus eigenem Willen nach Verlauf einer gewissen, d. h. mit seiner Einwilligung entweder im vorhinein vertragsmässig oder nachhinein durch die gesetzlichen Kündigungsfristen festgesetzten Zeit gänzlich entzogen wäre. Da die im Vertrage stipulirte Vertragsdauer bereits abgelaufen ist, und die weitere Dauer dieses Vertrages weder ausdrücklich noch stillschweigend bestimmt erscheint, so ist die Aufkündigung desselben durch die Geklagten aus dem Titel des Gesetzes gemäss § 1116 ABG gerechtfertigt.

Das OLG hat dieses U. abgeändert und dem Klagebegehren Folge gegeben.

Gründe:

Die Vertragsbestimmung, wornach die Verpächter nicht berechtigt sind, diesen Vertrag aufzukünden, kann nach §§ 914 und 6 ABG in ihrem Zusammenhange und nach der Absicht der Vertragschliessenden nur dahin verstanden werden, dass sich die Verpächter ihres Kündigungsrechtes ausdrücklich begeben haben, und zwar insolange, als der Pächter seinen vertragsmässigen Verbindlichkeiten nachkommt. Damit erscheint aber auch die Zeit der Vertragsdauer im Sinne des § 1090 ABG bestimmt. Die Eingehung des Vertrages auf eine bestimmte Zeit in dem Sinne, dass schon im voraus der Ablauf der Bestandzeit an einen gewissen Termin gebunden sein soll, wird zum Wesen des Bestandvertrages umsoweniger gefordert, als dieser Ablauf der Bestandzeit stillschweigend festgesetzt (§ 1113 ABG) von der Aufkündigung abhängig gemacht (1114 ABG) oder aber auch ganz unbestimmt gelassen werden kann (§ 1116 ABG). Der unbestrittene ausdrückliche Verzicht der Verpächter kann mithin als dem Wesen des Bestandvertrages widerstreitend nicht angesehen werden, welches gemäss § 1094 ABG nur in dem Uebereinkommen der Vertragschliessenden über die Sache und den Preis besteht. Ebensowenig kann dieser Verzicht aus dem Gesichtspunkte der auf die Freiheit des Eigenthums abzielenden gesetzlichen Bestimmungen als unzulässig erachtet werden, und erscheint die von den Verpächtern eingegangene Verbindlichkeit weder als unmöglich noch als unerlaubt. Die Kündigung kann daher als zu Recht bestehend nicht erachtet werden.

Der OGH hat das U. II. J. bestätigt.

Gründe:

Die vorliegende Revisionsbeschwerde wendet sich gegen die in den obergerichtlichen Gründen ausgesprochene Rechtsansicht über die gegenwärtige Unkündbarkeit dieses Bestandvertrages. Allein das in dem § 1090 ABG aufgestellte Erforderniss der in der Dauer beschränkten Zeitlichkeit eines Bestandvertrages wird durch die obergerichtliche Annahme nicht umgangen, vielmehr nur dem gegenständlichen Pachtvertrage angepasst, welcher in seinem 2. Absatze die der Bestimmung des § 1444 ABG entsprechende Vereinbarung enthält, dass die Verpächter sich des Kündigungsrechtes begeben, sohin für ihre Person hierauf verzichtet haben. Damit ist aber auch die Dauer des Pachtvertrages ihrerseits im vornhinein bis an das Lebensende beider Pächter bestimmt (§ 904 ABG), die Vorschrift des § 1116 ABG daher gegebenen Falles nicht anwendbar.

2883.

An der nach § 43 JN bereits begründeten Competenz vermag das spätere Ersuchen des Verkäufers, einen Theil des Kaufpreises nicht an den in der zuerst überschickten Factura angegebenen Zahlungsort, sondern an einen anderen Ort zu senden, nichts zu ändern.

E. v. 20. September 1892, Z. 9689. — (JMB 827 ex 92, Seite 177.)

A, Kaufmann in P., welcher mit dem sächsischen Kaufmanne B in Geschäftsverbindung stand, übersendete an den letzteren 10 Waggons gekaufter Gerste zugleich mit der Factura vom 10. September 1889 mit dem Vermerke „zahlbar bei mir in P.“, wogegen B keine Einwendungen erhob. Bei den später und zwar am 25. September, 1. October 1889 u. s. w. erfolgten Waarensendungen ersuchte A den B, die Zahlungen nicht nach P., sondern nach S. zu senden, worauf B wirklich Theilzahlungen in S. geleistet hat. Gegen die von A bei dem BG in P. wegen Zahlung des Kaufschillingsrestes von 848·16 M. überreichte Klage erhob B die Einwendung der Unzuständigkeit, weil nicht P., sondern S. als vereinbarter Zahlungsort zu gelten habe.

Die I. J. gab dieser Einwendung statt, weil das die 10 Waggons Gerste betreffende Kaufgeschäft einschliesslich der einzelnen Theillieferungen als ein Ganzes aufzufassen ist, und sich B der am 25. September 1889 ertheilten klägerischen Weisung, sowie den folgenden Weisungen des A, den Kaufschilling nicht in P., sondern in S. zu leisten, gefügt hat, demnach S. der vereinbarte Zahlungsort ist.

Das OLG hat der Einwendung der Unzuständigkeit nur dann Folge gegeben, wenn der Geklagte den irreferiblen Haupteid über den Empfang der Factura vom 10. September 1889 negativ ablegt.

Gründe:

Nachdem im Hinblick auf die Bestimmungen des § 863 ABG und des Artikels 278 HGB anerkannt wird, dass im kaufmännischen Verkehre die unterlassene Beanständung einer in der Factura ausdrücklich festgesetzten Bedingnng als Annahme dieser Bedingung zu gelten hat, so muss aus der anstandslosen Annahme der Factura mit dem Beisatze „zahlbar in P.“ das Einverständniss des Geklagten, die Zahlung für die erkaufte Gerste in P. zu leisten, gefolgert werden, wodurch der Gerichtsstand des Vertrages im Sinne des § 43 JN begründet ist. Es stellt sich daher in diesem Rechtsstreite als entscheidend dar, ob der Beweis darüber hergestellt wird, dass der Geklagte die über die erste Waggonladung übersendete Factura vom 10. September 1889, welche nach der Behauptung des Klägers mit dem Vermerke „zahlbar in P.“ versehen war, erhalten hat. Hiebei ist es ohne Belang, dass nicht jede Factura, wie geklagterseits behauptet wird, diesen Vermerk enthalten hat, da der Zahlungsort P. auch in Beziehung auf die später facturirten Waarenlieferungen als geltend anzusehen ist, weil ein und dasselbe Geschäft nicht so getheilt werden kann, das über einen Theil der Lieferung der eine, über den andern wieder ein anderer Richter entscheide. Das von dem Kläger an den Geklagten später gestellte Ersuchen, einen Theil des Kaufpreises nicht nach P., sondern für den Kläger nach S. zu senden, vermag an der nach § 43 JN bereits begründeten Competenz nichts zu ändern, wie dies auch aus dem Art. 325 HGB sich ableiten lässt.

Der OGH hat das U. II. J. bestätigt.

Gründe:

Wenn der Kläger beweist, dass der Geklagte von ihm eine das Lieferungsgeschäft betreffende Factura mit dem Vermerke „zahlbar bei mir in P.“ erhalten hat, so ist mit Rücksicht darauf, dass der Geklagte gegen diesen vom Kläger — wenn auch erst nach geschlossenem Lieferungsvertrage — beantragten Zahlungsort keine Einwendung erhoben hat, und die Waare geliefert wurde, dieser Zahlungsort nach § 863 ABG als stillschweigend vereinbart anzusehen, da der Geklagte, welcher mit dem Kläger in Geschäftsverbindung gestanden ist, wenn er diesen Zahlungsort nicht genehmigen wollte, gehalten war, dies dem Kläger mitzutheilen. Die Behauptung, dass nach dem Gebrauche des Landes, in welchem der Geklagte seinen Wohnsitz hat, eine solche stillschweigende Annahme des Zahlungsortes nicht gelte, hatte der Geklagte, welcher sie aufstellt, im Laufe der Verhandlung zu beweisen. Bei Herstellung des eingangs erwähnten Beweises wird sonach der Gerichtsstand des BG in P. nach §§ 43 und 29, lit. b JN begründet sein. Hieran vermag der Umstand, dass der Kläger wiederholt die Uebermachung einzelner Theilbeträge des Preises an die Filiale der Unionbank in S. vom Geklagten gewünscht hat, und

dieser dem Wunsche nachgekommen ist, nichts zu ändern, wie dies in den oberlandesgerichtlichen Urtheilsgründen richtig ausgeführt ist.

Zur Begründung dieses Gerichtsstandes genügt es, wenn auch nur die Factura über die erste Waggonladung Gerste mit dem erwähnten Vermerke versehen dem Geklagten zugekommen ist, weil das Lieferungsgeschäft als ein Ganzes anzusehen ist, es sich um die Zahlung eines Saldo handelt und der Artikel 359 HGB, auf welchen sich der Geklagte beruft, hier, wo es sich nicht um das Abgehen vom Vertrage, sondern um den Gerichtsstand handelt, umsoweniger Anwendung findet, als über den Bestand einer Saldoforderung nur ein und dasselbe Gericht absprechen kann.

Nach dem Vorangeschickten war das oberlandesgerichtliche Reformaturtheil zu bestätigen.

2884.

Die Bestimmungen des § 37 der CO, insbesondere Alinea 2, finden bei der executiven Feilbietung einer Liegenschaft ausserhalb des Concurses auch dann analoge Anwendung, wenn die simultan verhafteten Güter verschiedenen Eigenthümern gehören, und wenn die übrigen Güter noch nicht verkauft sind.

E. v. 20. September 1892, Z. 10712. — (JMB 828 ex 92, Seite 179. Sp.-R. 156.)

In der Executionssache des A wider B wegen Hereinbringung des Betrages von 45·89 fl. meldete bei der Tagfahrt über die Liquidirung des erzielten Meistbotes der executiv versteigerten Liegenschaft E. Z. 1 der Hypothekargläubiger C seine auf dieser Liegenschaft versicherte Forderung im Betrage von 108·88 fl. an, und stellte in analoger Anwendung des § 37 CO das Begehren, dass jedenfalls bezüglich seiner eventuell leer ausgehenden Forderung die bücherliche Anmerkung seines Anspruches auf den noch unverkauften Realitäten E. Z. 2, 3 und 4 in der Rangordnung der daselbst simultan haftenden Forderungen der Hypothekargläubiger D, E und F eingetragen werde. Bei Vertheilung des Meistbotes ging die Forderung des C leer aus, und ihm wurde das Recht vorbehalten, dass er nach Rechtskraft des Liquidirungsbescheides und Erfüllung der Feilbietungsbedingnisse seitens des Erstehers um die Löschung der an den Realitäten E. Z. 2, 3, 4 simultan haftenden, jedoch aus dem Meistbote für die Realität E. Z. 1 zur Zahlung gelangenden Forderungen der Hypothekargläubiger D, E, F und um gleichzeitige Eintragung seines Anspruches auf Bezahlung seiner Forderung per 108·88 fl., beziehungsweise jener Quote, die er erhalten hätte, wenn die simultan haftenden Forderungen auch aus den Nebeneinlagen verhältnissmässig zugewiesen worden wären, einschreiten könne.

Hiegegen recurrirten C, sowie G, Eigenthümer der Realität E. Z. 2 und H, Eigenthümer der Realitäten E. Z. 3 und 4. Unter Abweisung des

Recurses des C und in Stattgebung jenes des G und H änderte das OLG den angefochtenen Liquidirungsbescheid dahin ab, dass das Ansuchen des C um Eintragung seines Anspruches auf den oberwähnten Realitäten E. Z. 2, 3 und 4 im Sinne der § 37 CO abgewiesen werde, weil, abgesehen von der Frage der Zulässigkeit des Begehrens im Sinne des § 37 CO, im vorliegenden Falle auch eine analoge Anwendung dieser gesetzlichen Bestimmung nicht platzgreift, da schon deren Voraussetzung, dass die Forderung auf mehreren, demselben Executen gehörigen Realitäten aushaftet, hier nicht zutrifft.

Ueber Revisionsrecurs des C fand der OGH beide unterrichterlichen E. dahin abzuändern, dass die von dem ersten Richter bewilligte bücherliche Anmerkung des vom C in Gemässheit der analogen Anwendung des § 37 CO gestellten Anspruches erst nach erfolgter bücherlicher Löschung der Forderungen der D, E, F auf den betreffenden Simultanhypotheken, oder gleichzeitig mit dieser Löschung eingetragen werden könne; denn nach dem Inhalte des Liquidirungsbescheides steht es ausser Frage, dass der Recurrent C als ein den Forderungen der D, E und F nachfolgender Tabulargläubiger der Realität E. Z. 1 aus dem für dieselbe erzielten Meistbot per 3500 fl. mit der von ihm angemeldeten Forderung von 108·88 fl. ganz leer ausgeht, weil die ihm vorgehenden vorbenannten Tabulargläubiger, deren Forderungen auch simultan auf den Grundbuchseinlagen E. Z. 2, 3 und 4 haften, ihre Forderungen zur Gänze aus dem Meistbote der allein executiv veräusserten Stammrealität E. Z. 1 angesprochen und auch zugewiesen erhalten haben. Das Verlangen des Recurrenten, bei der seinerzeitigen Vertheilung des Kaufpreises für die noch unverkauften Simultanhypotheken in Gemässheit des im § 37 CO aufgestellten, nicht blos auf das Concursverfahren, sondern analog auch auf Realexecutionen ausserhalb des Concurses anwendbaren, in der Billigkeit gegründeten Rechtssatzes berücksichtigt zu werden, erscheint als ein berechtigtes und es entspricht dem § 37 CO, dies bis zur Verhandlung über diese nachzufolgenden Meistbotsvertheilungen in Evidenz zu stellen, sohin auch in der Einlage der entlasteten Liegenschaften durch die entsprechende Eintragung sicherzustellen, weil Hypothekargläubiger von dem ihnen nach § 37 CO zustehenden Wahlrechte nur zum Zwecke ihrer Befriedigung Gebrauch machen können, weil daher durch die dem Verlangen derselben gemäss ausgesprochene Verweisung auf das für die versteigerte Simultanrealität erzielte Meistbot im Falle der auf Grund dieser Zuweisung eintretenden Zahlung die rechtliche Grundlage für den Fortbestand der Pfandrechte entfallen ist, welche auf der unveräussert gebliebenen Simultanliegenschaft für die nach Wahl der Gläubiger zu befriedigenden Forderungen haften; weil mit der Löschung der in Frage stehenden Pfandrechte die Anwendung des § 37 CO zu Gunsten des Recurrenten verbunden werden muss, da sonst den nachfolgenden Gläubigern ein jeder Begründung ent-

behrender Gewinn auf Kosten des Recurrenten zufallen würde; weil es endlich für die Behandlung einer simultan auf mehreren unbeweglichen Gütern haftenden Hypothekarforderung bezüglich der Zuweisung aus dem Meistbote eines derselben einen Unterschied nicht zu machen vermag, ob die mehreren Güter einem und demselben oder aber verschiedenen Eigenthümern gehören, sowie sich ferner aus dem Schlussabsatze des § 37 CO die Anwendbarkeit der im ersten Absatze enthaltenen Bestimmung auch auf jenen Fall ergibt, dass die übrigen Güter noch nicht veräussert werden. Aus diesen Erwägungen wurde bei dem vorliegenden berechtigten Begehren des Recurrenten bezüglich seiner angemeldeten, jedoch bei Zuweisung des Meistbotes für das Reale E. Z. 1 leer ausgegangenen Forderung per 108·88 fl. auf analoge Anwendung des § 37 CO sowohl die abändernde oberlandesgerichtliche Recurserledigung, weil selbe nicht dem Geiste und Wortlaute des § 37 CO entspricht, als auch die erstrichterliche Liquidirungserledigung, welche in ihrer Fassung sich nicht der Bestimmung dieser Gesetzesstelle anschliesst, vielmehr unrichtig aufgefasst werden könnte, in Stattgebung des Revisionsrecurses des C auf obige näher zum Ausdrucke gebrachte Art der Zulässigkeit des Revisionsbegehrens des letzteren abgeändert.

2885.

Die seitens eines an und für sich Schreibkundigen erfolgte Ersichtlichmachung der von einem anderen mit Bleistift vorgezeichneten Schriftzüge mittelst Feder und Tinte ist als eigenhändige Fertigung anzusehen.

E. v. 21. September 1892, Z. 9985. — (Przegl. XII ex 92, Seite 348.)
I. KG Kolomea.
II. OLG Lemberg.

Die im Stritte des A gegen Abraham B pcto. 40 fl. s. N.-G. erflossene Zahlungsauflage wurde über die Einwendungen des Belangten aufrecht erhalten, aus folgenden den Sachverhalt einschliessenden

Gründen:

Die Einwendung des B, dass er den Klagewechsel nicht unterschrieben habe, ist unerheblich angesichts des Eingeständnisses desselben, dass A seinen — des Belangten — Vor- und Zunamen mit Bleistift auf den Klagewechsel gesetzt und B sohin diese Schriftzüge mechanisch mittelst Feder und Tinte ersichtlich gemacht hat; es muss vielmehr in dieser Angabe ein Eingeständniss der Unterfertigung des Wechsels angesehen werden und es zieht dasselbe im Hinblick auf Art. 21 WO die Verpflichtung des Erstbelangten zur Zahlung der Wechselsumme nach sich (Art. 23, 50 cit.). Dass jedoch die solchergestalt beigefügte Unterschrift als eigenhändige Fertigung anzusehen ist, geht schon daraus

hervor, dass die WO nirgends die Schreibkundigkeit des Unterfertigers als eine Bedingung der Giltigkeit des Wechselvertrages hinstellt, sondern in den Art. 21 und 81 ib. nur im Allgemeinen von schriftlichen Erklärungen spricht d. i. von mit der eigenen Hand des Sicherklärenden beigefügten Unterschriften, was im vorliegenden Falle unzweifelhaft platzgreift, und davon im Art. 94 ib. die Handzeichen unterscheidet.

Die II. J. hat die appellirte E. bestätigt; denn obwohl ein des Schreibens Unkundiger in Gemässheit des § 886 ABG nur mittelst Handzeichens seine Unterschrift abgeben, daher die Ersichtlichmachung der von einem anderen Schreibkundigen mit Bleistift aufgesetzten Schriftzüge mittelst Feder und Tinte nicht als eigenhändige Unterschrift angesehen werden kann, so tritt in diesem Falle der Umstand ein, dass der Erstbelangte nach eigenem Geständnisse des Schreibens in hebräischer Sprache kundig ist, mithin eine bestimmte Fertigkeit im Schreiben besitzt. Da er weiters zugibt, seinen Vor- und Zunamen eigenhändig mittelst Feder und Tinte auf dem Klagewechsel beigefügt zu haben, obwohl der Kläger die Schriftzüge vorher mit Bleistift aufgesetzt hat, und zwar mit dem Bewusstsein, hiedurch die Pflicht zur Zahlung des betreffenden Wechsels zu übernehmen, so geht es nicht an, die solchergestalt seitens eines an und für sich Schreibkundigen beigefügte Unterschrift als nicht eigenhändig anzusehen und war deshalb die E. I. J. zu bestätigen.

Der OGH wies die a. o. Revision des Erstbelangten zurück.

2886.

I. Die gesetzliche Bestimmung, dass zwischen der dritten Verlautbarung des Feilbietungsedictes und zwischen dem ersten Feilbietungstermin und zwischen den beiden Feilbietungsterminen je ein Zeitraum von 14 Tagen zu liegen hat, hat auf Mobilarfeilbietungen keine Anwendung.

II. Dem Executen steht kein Recht zu, die vollzogene Mobilarfeilbietung wegen Nichtverständigung der Pfandgläubiger anzufechten.

E. v. 21. September 1892, Z. 10638. — (GH 47 ex 92, Seite 400.)

I. BG Smichov.

II. OLG Prag.

Mit dem B. der I. J. wurde dem Markus T. wegen seiner Forderung per 147·93 fl. c. s. c. die executive Feilbietung der der Rosalia C. gehörigen Fahrnisse bewilligt.

Der Vollzug dieser Feilbietung wurde vom OLG über die Nichtigkeitsbeschwerde der Executin cassirt und wurde der I. J. aufgetragen, nach Rechtskraft dieser E. zum Vollzuge dieser Feilbietung zwei neuerliche Tagfahrten unter Verständigung sämmtlicher Interessenten derart anzuordnen, dass nicht nur zwischen der dritten Verlautbarung des Feilbietungsedictes im Amtsblatt der „Prager Zeitung“ und der ersten Feil-

bietungstagsatzung, sondern auch zwischen den beiden Feilbietungsfahrten je ein Zeitraum von vierzehn Tagen liege; dies aus nachstehenden

Gründen:

Von der Bewilligung der Feilbietung sind nicht nur nicht alle Gläubiger verständigt worden, sondern es wurde das Feilbietungsedict auch erst am 30. Jänner 1892 zum dritten Male im Amtsblatte der „Prager Zeitung" verlautbart (die erste Feilbietungstagfahrt fand am 4. Februar 1892 statt). Es musste daher der Vollzug der Feilbietung gemäss § 347 AGO und Analogie des Hofd. vom 31. August 1792, JGS Nr. 43, als nichtig behoben werden.

In Folge des o. Revisionsrecurses des M. T. gegen diese E. behob der OGH dieselbe, beliess den angefochtenen Vollzug der Feilbietung in Geltung und verordnete dem BG das weitere gesetzmässige Verfahren.

Gründe:

Die gesetzliche Bestimmung, gemäss welcher zwischen dem Tage der dritten Verlautbarung des Feilbietungsedictes und der ersten Feilbietung und zwischen den beiden Feilbietungsterminen je ein Zeitraum von vierzehn Tagen zu liegen hat, hat bezüglich der Mobilarfeilbietung keine Geltung. Es kann daher daraus, dass diese Fristen nicht eingehalten wurden, ein Nichtigkeitsgrund nicht abgeleitet werden und überdies wurde dieser Nichtigkeitsgrund auch nicht eingewendet.

Deswegen aber, weil die Pfandgläubiger M. C., A. J. und A. S. von der Bewilligung der Feilbietung nicht verständigt worden sind, ist die Executin nicht berechtigt, den Vollzug derselben anzufechten, denn dies berührt blos die Rechte dieser Pfandgläubiger, überdies sind dieselben nachträglich sowohl von der Bewilligung als auch von dem Vollzuge der Feilbietung verständigt worden, ohne dagegen Beschwerde einzulegen.

Somit besteht kein Grund zur Cassirung der Feilbietung.

2887.

Das im Sinne der §§ 8—10 der Vdg. vom 27. October 1849, RGB Nr. 12, an beide Streittheile ergangene Verbot kann nicht zur Verfällung des in der Hauptsache obsiegenden Klägers, wegen Ueberschreitung dieser einstweiligen Verfügung, in eine Geldstrafe führen.

E. v. 21. September 1892, Z. 10956. — (GH 49 ex 92, Seite 408.)

Im Laufe der Besitzstörungsstreitsache des P. gegen K. hat Ersterer das Begehren gestellt, es möge dem Beklagten aufgetragen werden, sich bei Vermeidung der gesetzlichen Folgen jeder gewaltthätigen Handlung bezüglich des streitigen Grundstückes zu enthalten, worüber die I. J. im Sinne des § 10 des Besitztör.-Verf. beiden Streittheilen auftrug, sich bis

zur Beendigung des Rechtsstreites jeder wie immer gearteten Besitzhandlung in Betreff des streitigen Grundstückes bei Vermeidung einer Geldstrafe von 50 fl. zu enthalten.

Auf Grund dieses B. überreichte nun späterhin der Beklagte K. eine Klage gegen P., worin er behauptete, Gegner halte sich nicht an das Verbot, indem er sein Vieh auf dem streitigen Grunde zur Weide treibe und begehrte, die angedrohte Geldstrafe von 50 fl. dem P. gegenüber für verfallen zu erklären und ihn zu verhalten, diesen Betrag binnen 14 Tagen bei Executionsvermeidung zu bezahlen.

Hierüber ordnete die I. J. eine Tagsatzung an und erkannte über Ausbleiben des P. nach dem Begehren.

Dagegen recurrirte P. und die II. J. gab dem Recurse keine Folge, da über die Eingabe des K., welche sich als eine Fortsetzung des zwischen denselben Parteien anhängigen Besitzstörungsstreites darstelle, eine Tagsatzung zur Einvernehmung der Parteien anberaumt und über dieselbe über Ausbleiben des Beschwerdeführers nach dem Begehren erkannt wurde und da, nachdem mittelst B. der I. J. beiden Streittheilen jede Besitzhandlung in Betreff des streitigen Grundes untersagt wurde, jedem Theile die Berechtigung zustand, im Falle der Uebertretung des Verbotes auf Erklärung des Verfalles der Geldstrafe zu dringen.

In Folge des a. o. Revisionsrecurses des P. fand der OGH in der Erwägung, dass die im Zuge des Besitzstörungsprocesses im Sinne der §§ 8—10 der kais. Vdg. vom 27. October 1849, Z. 12 des RGB, zu ergehende provisorische Verfügung lediglich den Zweck verfolgt, die weitere eigenmächtige Veränderung des bisherigen Besitzstandes bezüglich des streitigen Objectes zu verhindern und hiedurch die Parteien vor Gewaltthätigkeiten und unwiederbringlichem Schaden zu bewahren; in Erwägung, dass im vorliegenden Falle nur über Anlangen des Klägers P. von der I. J. an beide Streittheile das Verbot der Ausübung jedweder Besitzhandlung in Betreff des strittigen Grundes erlassen wurde, dasselbe daher vorzüglich nur gegen den Beklagten beabsichtigt war; in der Erwägung, dass Kläger P. in dem Besitze des Gehweges, Viehtriebes und der Weide auf der Grundparcelle Nr. — bereits mit den E. der II. J. und des OGH geschützt wurde und nach den Ergebnissen des Hauptprocesses auch diesfalls seinem Begehren mit den E. der II. J. und des OGH stattgegeben wurde, dass daher die Verfällung des nunmehr in der Hauptsache gänzlich obsiegenden Klägers P. wegen Ueberschreitens der einstweiligen gerichtlichen Verfügung in eine Geldstrafe, im gegebenen Falle nicht platzgreifen kann, mit Abänderung der beiden untergerichtlichen B. auszusprechen, dass es von der Verhängung einer Geldstrafe von 50 fl. gegen den Kläger P. sein Abkommen zu finden habe.

2888.

Recht des Hypothekenschuldners, dem Hypothekargläubiger die jeweiligen Steuern von den Letzterem zu bezahlenden Zinsen in Abrechnung zu bringen.

E. v. 27. September 1892, Z. 9907. — (JB 45 ex 92, Seite 539.)
I. LG Wien.
II. OLG Wien.

Auf Grund des C'schen Testamentes vom 21. Jänner 1889 war die A unter anderen Vermächtnissen auch zum Genusse einer lebenslänglichen Rente von jährlichen 1600 fl. gelangt, für welche das Pfandrecht auf einem dem B gehörigen Hause der inneren Stadt Wien einverleibt worden ist. B brachte nun der A von dieser ihr jährlich mit 1600 fl. auszuzahlenden Rente nicht nur die 5 Percent Einkommensteuer per 80 fl., sondern auch den 5percentigen Zuschlag hierzu in gleicher Höhe per 80 fl.; ferner den Landeszuschlag in der Höhe von 15 Percent der Einkommensteuer sammt a. o. Zuschlag mit 24 fl. und schliesslich auch noch einen Communalzuschlag in der Höhe von 30 Percent der Einkommensteuer ohne Zuschlag mit 24 fl., somit im Ganzen einen Betrag von 208 fl. in Abzug, so dass die A nur 1392 fl. erhielt. Die A anerkannte wohl das Abzugsrecht des B rücksichtlich der 5 Percent Einkommensteuer per 80 fl., bestritt jedoch die Richtigkeit des Abzuges des 5percentigen a. o. Zuschlages per 80 fl., sowie des Landeszuschlages per 24 fl. und des Communalzuschlages per 24 fl., somit im Ganzen des Betrages per 128 fl., und belangte den B auf Bezahlung dieses ihr angeblich unrechtmässig von ihrer Leibrente von jährlich 1600 fl. für die Zeit vom 17. April 1889 bis 17. April 1890 in Abzug gebrachten Betrages per 128 fl.

Die I. J. hat den Geklagten zur Zahlung des eingeklagten Betrages verurtheilt.

Ueber Appellation des Geklagten hat die II. J. das Klagebegehren abgewiesen.

Gründe:

Das kais. Pat. vom 10. October 1849, RGB Nr. 412, normirt im Punkte 6, dass die Grund- und Hausbesitzer, welche den durch dieses Patent für das Verwaltungsjahr 1850 eingeführten Zuschlag an die Staatscassen zu entrichten haben, zu ihrer Erleichterung und zu einer gleichmässigen Vertheilung der Steuern in Uebereinstimmung mit den Grundsätzen der Einkommensteuer, über deren Einführung die weiteren Anordnungen vorbehalten wurden, berechtigt sein sollen, von den Zahlungen, die sie an Zinsen oder anderen jährlichen Leistungen von den auf ihrem Besitzthume haftenden Schulden oder anderen Lasten zu entrichten haben, fünf Percent, das ist den zwanzigsten Theil desjenigen Betrages, der als Gebühr für das Verwaltungsjahr 1850 entfällt, den zum Bezuge Berech-

tigten als Zahlung in Anrechnung zu bringen. Das kais. Patent vom 29. October 1849, RGB Nr. 439, auf welches sich im oberwähnten Punkte 6 berufen wird, normirt im § 19 die Einkommensteuer für die dritte Classe (Zinsen und Renten) für das auch im vorgenannten Patente angeführte Verwaltungsjahr 1850 mit fünf von Hundert. Aus dem Zusammenhange dieser beiden Gesetze ergibt sich, dass die damalige Gesetzgebung verfügte, an Stelle der für das Jahr 1850 mit 5 Percent bestimmten Einkommensteuer aus Zinsen und Renten, im Falle diese Zinsen oder Renten auf einem Reale haften, die Grund- und Gebäudesteuer von dem Realitätenbesitzer einzuheben, und, um die Unbilligkeit, welche durch diese Gesetzgebung dahin geschaffen worden wäre, dass einerseits der Bezugsberechtigte aus einem nicht hypothecirten Capitale von der für das Jahr 1850 vorgeschriebenen fünfpercentigen Einkommensteuer getroffen wurde, während der Bezugsberechtigte aus einem hypothecirten Capitale von dieser Steuer frei geblieben wäre, und andererseits der Realitätenbesitzer für einen Theil der Erträgnisse seiner Realität, welcher seinem Hypothekargläubiger zufällt, für denselben an Stelle der (niedrigeren) Einkommensteuer mit der (höheren) Grund- oder Gebäudesteuer aufkommen musste (ohne Nachtheil für das Aerar), aufzuheben, die eingangs erwähnte Bestimmung des Punktes 6 des kais. Patentes vom 10. October 1849, RGB Nr. 412, traf. Die Motivirung dieser Bestimmung geht dahin, dass sie zur Erleichterung der Grund- und Hausbesitzer und zum Zwecke einer gleichmässigen Vertheilung der Steuern in Uebereinstimmung mit den Grundsätzen der Einkommensteuer verfügt wird, und der Umstand, dass die Abzugssumme mit 5 Percent gleich der Einkommensteuer aus Renten und Zinsen mit der Bemerkung: „das ist der zwanzigste Theil desjenigen Betrages, der als Gebühr für das Jahr 1850 entfällt“, festgestellt wird, lassen nur dahin schliessen, dass der Gesetzgeber mit dieser Bestimmung lediglich, und zwar im Interesse der grösseren Sicherheit und Vereinfachung der Steuereinbringung beabsichtigte, die den Hypothekargläubiger treffende Einkommensteuer für das Verwaltungsjahr 1850 durch den Hypothekarschuldner in die Staatscasse abführen zu lassen, und dagegen dem Letzteren gestattete, diese durch ihn bezahlte Steuer dem Ersteren in Abrechnung zu bringen. Bei dieser durch die obgenannten beiden Patente vom Jahre 1849 geschaffenen Rechtslage ist es selbstverständlich, dass, insolange diese beiden Patente Gesetzeskraft haben, rücksichtlich die Grundlage der Steuerbemessung bilden — was unbestritten noch heute der Fall ist — und insolange nicht das dem Hypothekarschuldner zustehende Abzugsrecht auf einen bestimmten, nicht der jedesmaligen gesetzmässigen Steuerleistung des Hypothekargläubigers entsprechenden Percentsatz dauernd eingeschränkt wurde, dem Hypothekarschuldner das Recht zusteht, dem Hypothekargläubiger die diesem gesetzlich auferlegten jeweiligen Steuern von den ihm zugestandenen Zinsen in Abrechnung zu bringen. Diese

Rechtslage wird im Finanzgesetze vom 19. December 1862, RGB Nr. 101, ausdrücklich hervorgehoben, indem im Art. V dieses Gesetzes das dem Hypothekareigenthümer zustehende Abzugsrecht ausdrücklich als „ein Recht zum Abzuge der Einkommensteuer von den Zinsen der hypothekarisch angelegten Capitalien“ bezeichnet wird, und wenn auch die weiteren Finanzgesetze dieses Abzugsrecht in keiner besonderen Weise berühren, in den Gesetzen vom 9. Februar 1882, RGB Nr. 17, (betreffend einige Abänderungen der Gebäudesteuergesetze) und vom 7. Juni 1881, RGB Nr. 49, (betreffend die Feststellung der Grundsteuerhauptsumme) in deren § 12 rücksichtlich Art. III das im Punkte 6 des kais. Pat. vom 10. October 1849, RGB Nr. 412, den Haus- rücksichtlich den Grundbesitzern eingeräumte Abzugsrecht auch fernerhin für die Dauer der Wirksamkeit des Einkommensteuerpatentes vom 29. October 1849, RGB Nr. 439, und zwar uneingeschränkt auf einen bestimmten Percentsatz aufrecht bleibend erklärt wird, neuerlich anerkannt. Dass in dem Gesetze vom 26. Juni 1868, RGB Nr. 72, (betreffend die Aenderungen im Ausmasse und in der Einhebung der Steuer für das Jahr 1868) von dem Abzugsrechte des Hypothekarschuldners nicht die Rede ist, dagegen das Abzugsrecht der Gewerbsunternehmer im letzten Absatz des Art. I ausdrücklich als auch in Ansehung der erhöhten Zuschläge giltig erklärt wird, kann in der oberwähnten Rechtslage im Bestande der kais. Patente vom 10. October 1849, RGB Nr. 412, und vom 29. October 1849, RGB Nr. 439, dann des Gesetzes vom 19. December 1862, RGB Nr. 101, welches das Abzugsrecht der Hypothekarschuldner bereits als ein Recht zum Abzuge der Einkommensteuer erklärt hat, nichts ändern. Würde aber angenommen werden können, dass durch das Gesetz vom 26. Juni 1868, RGB Nr. 72, das Recht des Abzuges der gesammten Einkommensteuer nur Gewerbsunternehmern in Ansehung der Zinsen der bei ihnen angelegten Capitalien, nicht aber auch Hypothekarschuldnern in Ansehung der Zinsen und Renten der hypothecirten Forderungen eingeräumt werden sollte, so erschiene dieses Gesetz durch die vorerwähnten Bestimmungen des § 12 rücksichtlich Art. III der Gesetze vom 9. Februar 1882, RGB Nr. 17, und vom 7. Juni 1881, RGB Nr. 49, derogirt. Endlich bezeichnet auch die kais. Verordnung vom 13. Mai 1859, RGB Nr. 88, mit welcher ein a. o. Zuschlag zu den directen Steuern für die Dauer der durch die (damaligen) Kriegsereignisse herbeigeführten Verhältnisse angeordnet wurde, im Punkte 3 a das Abzugsrecht des Hypothekarschuldners als das Recht zum Abzuge der Einkommensteuer von den dem Hypothekargläubiger gebührenden Zinsen, kann daher, wenn sie den a. o. Zuschlag auf die Einkommensteuer von solchen Zinsen ausdrücklich nicht erstrecken zu wollen erklärt, gewiss nur dahin ausgelegt werden, dass diese Zinsen dem a. o. Zuschlage unterliegen würden, rücksichtlich der Hypothekarschuldner zur Zurückhaltung dieses Zuschlages von den dem Hypothekargläubiger

zustehenden Zinsen berechtigt wäre, wenn diese Verordnung diese Zinsen von dem mit derselben geschaffenen Einkommensteuerzuschlage nicht ausdrücklich ausnehmen würde. Es war daher über Appellation des Geklagten das erstrichterliche U. abzuändern.

Ueber die Revisionsbeschwerde der Klägerin hat der OGH das oberlandesgerichtliche U. aus dessen zutreffenden Gründen, welche durch die Ausführungen der Revisionsbeschwerde nicht widerlegt werden, zu bestätigen befunden, wobei mit Bezug auf diese Ausführungen noch bemerkt wird, dass in mehreren der einschlägigen Gesetze das in Frage stehende Abzugsrecht als das Recht zum Abzuge der Einkommensteuer bezeichnet wird, so insbesondere in der kais. Verordnung vom 13. Mai 1859, RGB Nr. 88, wornach es im Sinne des Gesetzes gelegen erscheint, dass dieses Abzugsrecht sich auf den ganzen Betrag erstreckt, den der Gläubiger an Einkommensteuer zu entrichten hätte, also auch auf die Zuschläge zu dieser letzteren; eine Auffassung, welche auch dadurch vermittelt wird, dass die der Statuirung des Abzugsrechtes zugrunde liegende Tendenz offenbar die ist, die Besteuerung des Einkommens des Hypothekargläubigers zu sichern, und nicht angenommen werden kann, dass ein solcher Gläubiger von der Leistung der Zuschläge habe befreit werden wollen.

2889.

Mehrere Remittenten eines Wechsels können denselben nur gemeinschaftlich indossiren.

E. v. 27. September 1892, Z. 10086. — (Práv. XXII ex 92, Seite 775.)
I. HG Prag.
II. OLG Prag.

Einen von C und D an eigene Ordre ausgestellten Wechsel über 300 fl. acceptirte B, worauf C diesen Wechsel in Bezug auf seinen Anspruch auf die Hälfte der Wechselsumme per 150 fl. an den E, und D bezüglich seiner Hälfte an den A girirte. A klagte sohin auf Zahlung der Wechseltheilsumme per 150 fl., wogegen B einwendete, dass die Klagsbeilage überhaupt kein Wechsel ist, indem in derselben zwei Aussteller und Remittenten benannt sind, und die seitens eines der beiden Remittenten vorgenommene Girirung nach dem Wechselrechte nicht giltig ist; ferner sei der Wechsel auf Grund eines rechtlich ungiltigen Geschäftes entstanden, indem B den beiden Remittenten 300 fl. für das Zustandekommen eines Ehebündnisses zugesagt und nur zu diesem Behufe den Klagewechsel acceptirt habe; schliesslich habe D den Wechsel nur zum Scheine girirt, um dieser Einwendung der Ungiltigkeit des Geschäftes zu entgehen, sich jedoch sowohl das Eigenthum des Wechsels als auch der Wechselvaluta vorbehalten und dem A den Ersatz der Gerichtskosten zugesichert.

Die I. J. willfahrte sohin dem Klagebegehren bedingt für den Fall, wenn A den Bestand der Vereinbarung mit D bezüglich des Scheingiros eidlich in Abrede stellt.

Gründe:

B bestreitet vor Allem die Qualität der Klagebeilage A als Wechsel, weil nach den Bestimmungen des Art. 4 Zahl 3 und 5 WO eine und dieselbe Wechselforderung, also ein und derselbe Wechsel nicht zwei Aussteller und zugleich Remittenten haben, und auch nicht durch einen Jeden von ihnen betreff eines Theilbetrages der Wechselsumme an verschiedene Giratare indossirt werden kann; weil ferner der Wechselgläubiger, mithin also jede der bezeichneten zwei Personen im Hinblick auf Art. 9, 36 und 39 cit. Inhaber und Eigenthümer des Wechsels sein und bei Zahlung der Hälfte der Wechselsumme dieselbe dem Wechselschuldner aushändigen müsste, so dass der Andere nicht mehr in der Innehabung des Wechsels sich befinden könnte. Allein wenngleich in der WO blos vom Aussteller, Remittenten und Indossanten des Wechsels als Einzelpersonen die Rede ist, so ist dabei in Betracht zu ziehen, dass der Gesetzgeber die regelmässigen Fälle im Auge hatte, dass jedoch nirgends in der WO untersagt ist, dass mehrere Aussteller und Remittenten auf einem Wechsel erscheinen. Eine Mehrheit von Remittenten haftet sohin ebenso wie mehrere Mitunterzeichner des Wechsels dem Wechselgläubiger zufolge Art. 81 cit. als Mitschuldner, das Rechtsverhältniss unter ihnen selbst muss jedoch nach dem bürgerlichen Rechte und zwar nach den Bestimmungen über die Gesellschaft (§§ 888, 889, 829, 839 u. a. m. ABG) beurtheilt werden. Im vorliegenden Falle würde mithin jedem von den beiden Ausstellern und Remittenten C und D ein gleicher Antheil an der Wechselsumme (also zu je 150 fl.) gegenüber dem Wechselschuldner B zustehen und konnte mithin Jeder von ihnen mit dieser seiner Theilquote der Wechselsumme beliebig verfügen, also dieselbe auch per Giro übertragen. Dies kann bei Vorhandensein von Wechselduplicaten unschwer auch praktisch durchgeführt werden, woraus insbesondere im Hinblick auf Art. 66 WO hervorgeht, dass eine theilweise Indossirung d. i. die Indossirung einer Theilquote der Wechselsumme an einem beliebigen Dritten überhaupt möglich ist. Aber auch bei Nichtvorhandensein von Wechselduplicaten ist eine theilweise Indossirung nicht absolut unmöglich; allerdings kann der Indossatar in diesem Falle seinen Anspruch mit Rücksicht auf Artikel 36 cit., insolange als er nicht Inhaber des Wechsel wird, nicht zur Geltung bringen und es liegt ihm ferner auch ob, über allfälliges Begehren des Wechselschuldners in Befolg des Art. 39 cit. die etwa gezahlte indossirte Theilsumme des Wechselbetrages auf dem Originale des Wechsels abzuschreiben. Aus dem Umstande jedoch, dass auf Grund desselben Klagewechsels E den seitens des C auf ihn übertragenen Theilbetrag per 150 fl. der Wechselsumme gleichfalls mittelst abgesonderter Klage wider B ein-

treibt, lässt sich nicht folgern, dass, weil E im Besitze des Klagewechsels ist, nicht auch A zugleich im Besitze desselben sein könne, da immerhin mehrere Personen im Besitze und Eigenthume einer Sache sich befinden können, A in der That auch bei Einreichung seiner Klage im Besitze des mit dem erwähnten Giro des D versehenen Klagewechsels sich befand und es dermal nicht an der Zeit ist, zu erwägen, ob er auch bei der Zahlung im Besitze des Wechsels sich wird befinden können. Es ist mithin die Klagsbeilage A allerdings als Wechsel und der Kläger formell als Gläubiger betreff der auf ihn übertragenen Theilquote der Wechselsumme per 150 fl. zu betrachten und war, wie oben, zu erkennen.

Ueber Appellation des D hat die II. J. das Klagebegehren abgewiesen aus folgenden

Gründen:

Nach Art. 9 WO kann der Remittent den Wechsel durch Indossoment an einen Andern übertragen. Es handelt sich nun um die Frage, ob ein Wechsel, auf welchem zwei Remittenten ersichtlich sind, durch Indossirung seitens des Einen aus ihnen rechtsgiltig an einen Andern übertragen werden kann. Diese Frage ist zu verneinen; denn der Wechsel ist ein schriftlicher Vertrag, welcher stricte nach dem Wortlaute auszulegen ist, und gleichwie alle wechselmässigen Rechte und Verpflichtungen am Wechsel selbst haften, mit ihm entstehen und untergehen, so ist auch die wechselmässige Solidarität der Wechselrechte und Verbindlichkeiten an die Existenz des Wechsels geknüpft und darf von ihm nicht abgelöst werden; hieraus folgt, dass zwei Remittenten den aus einem und demselben Wechsel entspringenden Anspruch nicht derart theilen können, dass jeder von ihnen einen Theil des gemeinschaftlichen Wechselanspruches an verschiedene Personen zu übertragen vermöchte. Beide Remittenten stellen im Sinne der WO eine einzige Person vor, sind ein Ganzes, weshalb zur rechtsgiltigen Indossirung des Wechsels die Zustimmung und Unterfertigung beider Remittenten nöthig ist; denn ihr Recht ist in dem Wechsel ausgedrückt und verkörpert, und kann von demselben nicht losgelöst werden. Soll mithin die Uebertragung des Wechsels rechtsgiltig sein, müssen beide Remittenten das Wechselrecht gemeinschaftlich ausüben und sie können den Wechsel nur mittelst gemeinschaftlicher Indossirung an einen Andern übertragen. Dies geht auch aus der Beschaffenheit der Indossirung selbst hervor; denn der Art. 9 cit. spricht von der Indossirung des Wechsels d. i. des Wechsels als Ganzen, und es handelt sich in dieser Gesetzesbestimmung lediglich um den Remittenten, woraus folgt, dass, wenn mehrere Remittenten vorhanden sind, alle gemeinsam als eine berechtigte Gesammtheit vorstellend, den Wechsel zu gleicher Zeit indossiren müssen. Wenn also im vorliegenden Falle der eine Remittent C den Betrag per 150 fl. von der Wechselsumme per 300 fl. an den E, dagegen der zweite Remittent D die zweiten 150 fl. an den A durch Indossament

übertrug, so ist ein solches Vorgehen in den Vorschriften des Wechselrechtes nicht begründet; es wird auch hiedurch ein Rechtsverhältniss nach Wechselrecht nicht bewirkt und hieraus kein Wechselrecht erworben. Denn damit ein Rechtsanspruch aus einer auf einen Wechsel sich beziehenden Thätigkeit der Parteien entstehen könnte, müsste dieselbe im Bereiche des Wechselrechtes gelegen sein, wogegen ein ausserhalb der Vorschriften desselben errichtetes Rechtsverhältniss einen rechtlichen Anspruch oder eine rechtliche Verpflichtung nach Wechselrecht nicht begründen kann; es kann daher auch nicht zulässig erscheinen, dass der Eine von zwei Remittenten entweder eine Theilquote oder selbst die ganze Wechselforderung giltig nach Wechselrecht ohne übereinstimmende Mitwirkung des zweiten Remittenten an einen Andern übertrage. Weil also die Indossirung seitens des C die durch das Wechselrecht vorgeschriebene Form nicht ausweist, so ist sie nach Wechselrecht unwirksam und die Abweisung der Klage begründet.

Der OGH bestätigte die E. II. J. mit dem Beifügen, dass, wenn — wie im vorliegenden Falle — mehrere Personen als Remittenten erscheinen, dieselben dem Wechselschuldner gegenüber nur als eine einzige Person anzusehen sind, daher zur Uebertragung des Wechselrechtes an einen Andern die gemeinschaftliche Mitwirkung aller dieser den Remittenten vorstellenden Personen erforderlich ist, wobei allerdings das gemeinrechtliche Verhältniss der Letzteren unter einander auf die Giltigkeit der Uebertragung nach Wechselrecht keinen Einfluss übt.

2890.

Im Falle eines nach § 15, Abs. 3 des Gesetzes vom 24. April 1874, RGB Nr. 49, eingebrachten Gesuches um gänzliche oder theilweise Löschung eines für die Besitzer von Theilschuldverschreibungen eingetragenen Pfandrechtes ist ein Curator in Gemässheit des § 4, vorletzter Absatz, und des § 5, letzter Absatz, des obcitirten Gesetzes behufs Verständigung von der Löschung auch von amtswegen zu bestellen.

E. v. 27. September 1892, Z. 11129. — (JMB 825 ex 92, Seite 175. Sp.-R. 155.)

Bei Bewilligung der von der Eisenbahngesellschaft A auf Grund der Bestätigung und Löschungserklärung des Regierungscommissäres derselben angesuchten Einverleibung der Löschung des Pfandrechtes für einen Theilbetrag des auf dem Lastenblatte der Eisenbahn aushaftenden Prioritätsanlehens wurde erstrichterlich anstatt der erbetenen Verständigung des Regierungscommissärs von der bewilligten Einverleibung der Löschung im Sinne des Gesetzes vom 24. April 1874, RGB Nr. 49, ein gemeinsamer Curator für die Besitzer von Theilschuldverschreibungen der Eisenbahngesellschaft bestellt, und demselben die Abschrift der Bestäti-

gung und Löschungserklärung nach § 15, Alinea 2 des obcitirten Gesetzes unter Verständigung von der bewilligten Löschung zugefertigt.

Dem hingegen von der Eisenbahngesellschaft überreichten Recurse gab die II. J. dahin statt, dass es von der Bestellung eines gemeinsamen Curators im Sinne des Gesetzes vom 24. April 1874, RGB Nr. 49, das Abkommen finde; denn kann auch die in dem Recurse vertretene Ansicht, dass die Bestellung eines gemeinsamen Curators gemäss dieses Gesetzes nicht von amtswegen, sondern nur über Einschreiten der Betheiligten zu geschehen habe, nicht als richtig anerkannt werden, weil der § 1 des Gesetzes ausdrücklich bestimmt, dass in den dort genannten Fällen ein Curator zu bestellen ist, und im § 3, auf welchen die Beschwerdeführerin sich beruft, nur ausgesprochen wird, dass die Betheiligten um diese Bestellung ansuchen können, so liegt doch der Fall zu einer solchen amtswegigen Bestellung hier nicht vor. Die Eisenbahngesellschaft A ist eine unter besonderer staatlicher Aufsicht stehende Unternehmung; bezüglich der Löschung der Theilschuldverschreibungen derselben haben daher die Bestimmungen des 3. Absatzes des § 15 des bezogenen Gesetzes zur Anwendung zu kommen, nach welchen aber nicht, wie dies im Absatz 2 dieses Paragraphen festgesetzt ist, der gemeinsame Curator von der Löschung zu verständigen ist, sondern es genügt, wenn die Bestätigung des die Aufsicht führenden staatlichen Organes beigebracht wird. Auch die Bestimmung des § 123 GBG macht diese Bestellung nicht erforderlich, weil die Vorschrift dieses Paragraphen mit den Bestimmungen des späteren Gesetzes vom 24. April 1874, RGB Nr. 49, in Einklang gebracht werden muss, so dass als genügend anerkannt werden muss, wenn der Löschungsbescheid dem die Löschungserklärung ausstellenden Regierungsorgane zugestellt wird, wofür auch die analoge Bestimmung des § 14 dieses Gesetzes spricht.

Ueber Revisionsrecurs des bestellten Curators fand der OGH die E. I. J. wieder herzustellen, wobei erwogen wurde, dass nach § 123 des GBG von der E. der Grundbuchsgesuche insbesonders auch Diejenigen, deren bücherliche Rechte aufgehoben werden, von amtswegen verständigt werden müssen, dass diese gesetzliche Bestimmung durch das Gesetz vom 24. April 1874, RGB Nr. 49, nicht nur keine Abänderung, sondern vielmehr eine Bekräftigung insofern erfahren hat, als im letzteren Gesetze auf vorstehende Bestimmung des GBG Bezug genommen wird, dass dem staatlichen Organe, welches bei den unter besonderer staatlicher Aufsicht stehenden Unternehmungen diese Aufsicht auszuüben berufen ist, eine Vertretungsbefugniss hinsichtlich der Besitzer von auf Inhaber lautenden oder durch Indossament übertragbaren Theilschuldverschreibungen nicht zusteht, und die zufolge der §§ 14 und 15 des Gesetzes vom 24. April 1874, RGB Nr. 49, von dem staatlichen Organe auszustellenden Bestätigungen keineswegs als Ausfluss einer demselben eingeräumten Vertretungs-

befugniss anzusehen sind, dass nach § 269 ABG für Personen, welche ihre Rechte nicht selbst wahren können, ein Curator zu bestellen ist, und dass diese allgemeine Regel speciell auch für Besitzer derartiger Theilschuldverschreibungen auf Grund des § 1 des Gesetzes vom 24. April 1874, RGB Nr. 49, in Anwendung zu kommen hat.

2891.

Auch ein im baaren Gelde, ohne Errichtung eines Notariatsactes gegebenes Heiratsgut kann dem Manne im Falle des § 1229 ABG abgefordert werden.

E. v. 28. September 1892, Z. 10572. — (GH 30 ex 93, Seite 264.)

A hat anlässlich der Verehelichung seiner Tochter B dem Bräutigam C 70 fl. als Heiratsgut gegeben.

Als aber die B kinderlos starb und ihren Vater A zu ihrem Universalerben einsetzte, belangte A den C wegen Rückstellung des oberwähnten Betrages. C machte nun den Einwand, dass ein im baaren Gelde gegebenes Heiratsgut gemäss § 1227 ABG das vollständige Eigenthum des Mannes bilde, ferner, dass er die strittigen 70 fl. zur Bestreitung der Krankheitskosten der B verwendet habe.

Die I. J. hat dem Klagebegehren stattgegeben, dagegen die II. J. dasselbe abgewiesen, weil die von A betreffs des Betrages von 70 fl. behauptete Vereinbarung sich gemäss §§ 1217 und 1218 ABG als ein Ehepact erweist, welcher zu seiner Giltigkeit und damit derselbe für den Todesfall der Braut im Sinne des § 1299 ABG geltend gemacht werden könnte, die Form des Notariatsactes erfordert (§ 1 des Gesetzes vom 25. Juli 1871, RGB Nr. 76); da aber der klägerische Anspruch sich auf eine Notariatsurkunde nicht stützt, so musste derselbe abgewiesen werden.

Der OGH bestätigte aber das erstrichterliche U. in der Erwägung, dass nach dem Gesetze vom 25. Juli 1871, RGB Nr. 76, die Giltigkeit eines Ehepactes durch die Aufnahme eines Notariatsactes wohl bedingt sei, hiedurch aber die Rechtsgiltigkeit des Actes noch nicht ausgeschlossen erscheint, wenn ohne vorausgegangenen förmlichen Ehevertrag das Heiratsgut dem Ehemanne factisch übergeben wird, ferner in Erwägung, dass es sich im vorliegenden Falle nicht um die Erfüllung des Heiratsvertrages, sondern um Herausgabe dessen, was als Heiratsgut gegeben wurde, handelt und was der Belangte gemäss § 1229 ABG herauszugeben verpflichtet ist.

Auf die Einwendung der Compensation konnte nicht eingegangen werden, weil die Verpflegung der kranken Gattin dem Ehegatten gesetzlich obliegt, und wenn es ihm auch freisteht, hiezu auch das Heiratsgut zu verwenden, so ist er hiedurch von der Pflicht zur Herausgabe des Heiratsgutes im Sinne des § 1229 ABG nicht enthoben.

2892.

Es ist unzulässig, bei Einleitung des Caducitätsverfahren einen Curator ad actum für die unbekannten Eigenthümer der Wertheffecten, welche von der Caducitätserklärung bedroht werden, aufzustellen.

E. v. 5. October 1892, Z. 11653. — (GH 52 ex 92, Seite 442.)

Die I. J. hat bezüglich mehrerer dortgerichts über 30 Jahre depositirter Massen das Caducitätsverfahren eingeleitet und gleichzeitig den Advocaten Dr. R. für die unbekannten Eigenthümer dieser Wertheffecten zum gemeinsamen Curator ad actum bestellt.

Dem Recurse der Finanzprocuratur in Vertretung des Caducitätsärars gegen den obigen B., insofern in demselben ein Curator ad actum bestellt wurde, hat die II. J. stattgegeben und den im übrigen Inhalte unberührt gelassenen B. dahin abgeändert, dass die Bestellung des Dr. R. zum gemeinsamen Curator ad actum zu entfallen hat; denn gemäss Hofd. vom 30. October 1802, JGS Nr. 582, womit das Verfahren in Caducitätsfällen hinsichtlich alter Depositen geregelt wird, sind die unbekannten Eigenthümer solcher Depositen zur Beibringung ihrer Legitimation lediglich durch gehörig kundzumachende Edicte vorzufordern und sind diese Depositen, wenn sich kein Eigenthumswerber meldet, nach erloschener Edictsfrist als heimfällig zu erklären, ohne dass die Aufstellung eines Curators ad actum für die unbekannten Eigenthümer derselben vorgeschrieben wäre. Eine solche ist sonach auch durch die allgemeine Bestimmung des § 269 ABG nicht gerechtfertigt, indem diese nur dann zur Anwendung zu kommen hat, wenn nicht besondere gesetzliche Bestimmungen etwas Anderes festsetzen, was aber in dem vorbezogenen Hofd. der Fall ist. Es war daher von der Aufstellung eines Curators ad actum umsomehr abzusehen, als durch dieselbe ungerechtfertigte Kosten verursacht werden, weswegen dem diesbezüglichen Recurse stattgegeben werden musste.

Der übrige Inhalt des B. wurde nicht angefochten, daher derselbe unberührt gelassen wurde.

Dagegen brachte Dr. R. den Revisionsrecurs ein und machte in demselben geltend: Das Hofd. vom 30. October 1802, JGS Nr. 582 enthält blos Bestimmungen formeller Natur über das Verfahren, verfügt jedoch über die Art der Geltendmachung der Parteienrechte, sei es der gemeinsamen, sei es der einzelnen, speciell gar nichts. Diesbezüglich können daher blos die Bestimmungen der §§ 269 und 276 ABG massgebend sein, zumal diese gesetzlichen Bestimmungen jüngeren Datums sind als das bezogene Hofdecret.

Der OGH hat diesen Revisionsrecurs zurückzuweisen und die oberlandesgerichtliche E. zu bestätigen befunden; weil, wie schon der obere Richter dargestellt hat, das Hofd. vom 30. October 1802, JGS Nr. 582, speciell die Bestimmung hat, das Verfahren hinsichtlich alter Depositen

zu regeln, darnach aber die Bestellung eines Curators ad actum zur Vertretung aller Interessenten nicht platzugreifen hat, und dieses so vorgeschriebene Verfahren daher selbstverständlich durch die Vorschrift des § 269 ABG nicht beeinflusst werden kann.

2893.

Zur Frage des Zustandekommens eines zwischen Abwesenden geschlossenen schriftlichen Vertrages nach § 862 ABG.

E. v. 5. October 1892, Z. 11667. — (JMB 829 ex 92, Seite 181.)

Das vom Kläger A gegen die B auf Zahlung eines für C als Bürgin und Selbstzahlerin übernommenen Capitalsbetrages gestellte Begehren wurde von der I. J. abgewiesen.

Gründe:

Nach der Darstellung des Klägers selbst, sendete derselbe das Bürgschafts- und Zahlungsversprechen, Beilage A, an die Geklagte zur Unterschrift. Letztere fertigte diese Erklärung, worauf der Kläger das Schriftstück zurückerhielt und zum Zeichen der Annahme seine Unterschrift mit dem Beisatze „angenommen“ beifügte. Hiedurch allein ist aber gemäss § 862 ABG noch kein Vertrag entstanden, weil das absolut nothwendige Erforderniss der Bekanntgabe der Annahme seitens des Klägers an die versprechende Geklagte abgeht, im Gegentheile muss, da eine solche Verständigung vom Kläger gar nicht behauptet wurde, angenommen werden, dass das Versprechen der Geklagten, wie immer dasselbe auch beschaffen gewesen sein mag, erlosch, nachdem die gesetzlich bestimmte Frist zur Notification der Annahme längst verstrichen ist.

Das OLG hat das erstrichterliche U. bestätigt.

Gründe:

Die Urkunde Beilage A stellt sich zweifellos als ein zwischen Abwesenden geschlossener schriftlicher Vertrag dar, bei dem die Normen des § 862 ABG zur Anwendung zu kommen haben. Im vorliegenden Falle mangelt die in diesem Paragraph vorgeschriebene Notification der Annahme des Versprechens in der gesetzlich bestimmten Frist, weshalb dasselbe als erloschen anzusehen ist. Die Behauptung des Klägers, dass er der Antragsteller und die Geklagte die Annehmerin sei, ist ganz haltlos, da ja die letztere das Bürgschafts- und Zahlungsversprechen dem Kläger gegenüber gemacht und dieser es angenommen hatte.

Der OGH hat in Abänderung der untergerichtlichen U. dem Klagebegehren stattgegeben.

Gründe:

Die Anschauung der Untergerichte, dass im gegebenen Falle zwischen den Streittheilen ein Bürgschaftsvertrag deshalb nicht zu Stande gekom-

men sei, weil wegen unterbliebener rechtzeitiger Verständigung der Geklagten von der seitens des Klägers erfolgten Annahme ihres Bürgschaftsversprechens dieses Versprechen in Gemässheit des § 862 ABG als erloschen angesehen werden müsse, ist eine rechtsirrthümliche. Abgesehen davon, dass dieser angeblich dem Zustandekommen des Bürgschaftsvertrages entgegenstehende Grund im Laufe der mündlichen Verhandlung weder von der Geklagten geltend gemacht, noch überhaupt in Discussion gezogen wurde, liegt der vorerwähnten Anschauung der Untergerichte eine irrige Auffassung der Sachlage, sowie eine irrige Auslegung des § 862 ABG zu Grunde. Nach den übereinstimmenden Angaben beider Theile hat Kläger die von ihm selbst verfasste Bürgschaftserklärung durch seinen Schuldner C der Geklagten zur Unterfertigung vorlegen lassen, letztere hat die Bürgschaftserklärung eigenhändig unterschrieben und C hat sohin die mit der eigenhändigen Unterschrift der Geklagten versehene Urkunde dem Kläger wieder behändigt. Somit ist der Antrag, der Schuld des C als Bürgin und Zahlerin beizutreten, nicht von der Geklagten, sondern vielmehr vom Kläger ausgegangen. und die Geklagte hat dadurch, dass sie auf der ihr vorgelegten Urkunde ihre eigenhändige Unterschrift beifügte, den Antrag auf Abschluss des Bürgschaftsvertrages in einer jeden Zweifel ausschliessenden Weise angenommen. Dadurch ist der Bürgschaftsvertrag perfect geworden.

2894.

Ueber den Bestand von Servituten an einem Hause, welches einem öffentlichen Fonde als Eigenthümer gehört, haben die Gerichte zu entscheiden.

Cassations-E. v. 5. October 1892, Z. 10021. — (Práv. XXIII ex 92, Seite 802.)

I. LG Prag.
II. OLG Prag.

Die Klage des Landesausschusses des Königreichs Böhmen im Namen des Normal-Schulfondes wider die Finanzprocuratur in Vertretung des Studienfondes um Anerkennung und Einräumung des uneingeschränkten und unentgeltlichen Nutzgenusses des Hauses C.-Nr. 293—I in Prag wurde in I. J. wegen Incompetenz der Civilgerichte zur E. dieser Angelegenheit zurückgewiesen, aus folgenden den Sachverhalt einschliessenden

Gründen:

Die Finanzprocuratur erhebt in der Einrede zuvörderst die in jedem Stadium des Processes zulässige Einwendung der Incompetenz deshalb, weil die Streitsache nicht vor den Civilrichter gehöre und sich zur E. im Civilrechtswege nicht eigne. Dieser Einwendung ist stattzugeben, weil die Streitsache einen Gegenstand betrifft, welcher im Hinblick auf die in das

öffentliche Recht einschlägigen Vorschriften dem Civilgerichtsverfahren nicht unterliegt. Nach § 66 des Gesetzes vom 14. Mai 1869, RGB Nr. 62, sind die Normalschulfonde, insoweit sie gegenwärtig thatsächlich bestehen, mit allen Verbindlichkeiten, welche auf ihnen, belangend ihre Verwendung zu Schulzwecken oder auf Grund besonderer privatrechtlicher Titel, haften und mit der ausschliesslichen Bestimmung für Zwecke des allgemeinen öffentlichen Schulwesens in die Verwaltung der bezüglichen Länder dergestalt übergegangen, dass die Pflege und Verwaltung ihres Stammvermögens dem Landesausschusse, hingegen die Anweisung der Ausgaben auf Grund des vom Landtage beschlossenen Jahresbudgets dem Landesschulrathe zusteht. Allein aus dieser Bestimmung geht hervor, dass nur Dasjenige als zum Normalschulfonde gehörig anzusehen ist, was in Folge der geschichtlichen Entwicklung dieses Fondes zur Zeit des Inslebentretens des citirten Gesetzes den Zwecken desselben thatsächlich diente. Dass jedoch die Erhebung und Sicherstellung der nach § 66 ib. in Sachen der Uebergabe des Normalschulfondes entscheidenden Verhältnisse, die Untersuchung, ob solche Verbindlichkeiten zu Schulzwecken bestehen, sowie die E. hierüber nicht in den Wirkungskreis der Gerichte, sondern in jenen der Verwaltung fällt, ist aufliegend und geht auch aus dem § 78 des citirten Gesetzes hervor, laut dessen die Durchführung dieses Gesetzes und die Erlassung der nothwendigen Instructionen dem Minister für Cultus und Unterricht übertragen wird. Es kann also der Civilrichter niemals dazu berufen sein, darüber zu entscheiden, was nach § 66 ib. in die Verwaltung des Landes zu übergeben sei, weil er hiedurch zur E. über öffentlich-rechtliche Angelegenheiten schreiten müsste. Da also die Klage auf den § 66 cit. des Reichsschulgesetzes sich gründet und nicht auf irgend einem privatrechtlichen Titel beruht, Streitigkeiten jedoch, die im öffentlichen Rechte fussen, von den Gerichten nicht entschieden werden dürfen, so war wie oben zu erkennen.

Ueber Appellation des Klägers wurde diese E. in II. J. bestätigt, und zwar im Wesentlichen aus den Gründen des Erstrichters, denen noch beigefügt wurde, dass die Einwendung der absoluten Incompetenz nach § 48 Abs. 2 JN an keine Frist, insbesondere nicht an jene des § 40 AGO gebunden ist, weil der Richter nach § 1 ib. von Amtswegen zu prüfen hat, ob das gerichtliche Verfahren platzgreift, daher auch aus der Unterlassung des Recurses gegen den Klagsbescheid keine nachtheiligen Folgen für den geklagten Fond abgeleitet werden können. Die Klage selbst beruft sich ferner auf das Decret der bestandenen Studien-Hofcommission vom 24. Juli 1820, Z. 4385, und auf den Erlass des Ministeriums für Cultus und Unterricht vom 22. August 1870, Nr. 5000, mithin auf Verfügungen der öffentlichen staatlichen Unterrichtsverwaltung und nicht auf einen privatrechtlichen Titel, und es kann diesfalls auch nicht in's Gewicht fallen, dass die Appellationsbeschwerde das Klagebegehren auf die bücher-

liche Eintragung des streitigen Anspruches mitzustützen sucht, weil die Giltigkeit dieser bücherlichen Eintragung die E. voraussetzt, dass dem Normalschulfonde dieses Recht des unentgeltlichen und uneingeschränkten Nutzgenusses jenes Hauses zusteht. Die Richtigkeit der appellirten E. geht schon aus der Einwendung des Studienfondes als Belangten hervor, dass das erwähnte Haus bislang nicht im Nutzgenusse des böhmischen Normalschulfondes, sondern in jenem der Normal-Schulbuchdruckerei gewesen ist, welche jedoch nicht eine Abtheilung des Normalschulfondes, sondern des Schulbücherverlages ist, worüber zu entscheiden den Gerichten gleichfalls nicht zusteht.

Der a. o. Revision des Klägers hat der OGH stattgegeben und unter Zurückweisung der Incompetenz-Einwendung dem Erstrichter die E. in der Sache selbst verordnet.

Gründe:

Im § 66 des Gesetzes vom 14. Mai 1869, RGB Nr. 62, ist festgesetzt, dass die Normalschulfonde, insoweit sie gegenwärtig noch wirklich bestehen, mit allen auf ihnen lastenden Verbindlichkeiten in die Verwaltung der betreffenden Länder übergehen; es gehören jedoch zum Vermögen des Normalschulfondes nicht nur die Baarschaften, Werthpapiere und Immobilien, sondern auch anderweitige diesem Fonde gegen dritte Personen zustehende Rechte. Es ist ferner kein Zweifel darüber, dass laut § 78 cit. dem Ministerium für Cultus und Unterricht die Durchführung dieses Gesetzes, die Erlassung der erforderlichen Instructionen, sohin auch die Erhebung und Sicherstellung des gegenwärtigen thatsächlichen Bestandes dieses Fondes zusteht. Allein die hieraus seitens der Finanzprocuratur abgeleiteten Folgerungen sind unstichhältig. Denn weder im § 66 noch im § 78 cit. kann eine Begründung für die Auffassung gefunden werden, dass bei Erhebung und Constatirung dieses wirklichen Bestandes von dem allgemein giltigen Grundsatze abgewichen werden könne, wornach die Verwaltungsbehörden über streitige Privatrechte nicht zu entscheiden haben. Das Ministerium für Cultus und Unterricht ist also competent, zur Constatirung des wirklichen Bestandes des Normalschulfondes, insoweit es sich um öffentlich-rechtliche Fragen und um unstrittige Privatrechte handelt; sobald jedoch ein dem Normalschulfonde angeblich zustehendes Rscht bestritten und dabei auf einen privatrechtlichen Titel sich gestützt wird, tritt die Competenz der Gerichte ein, ob nun der Normalschulfond Kläger oder Beklagter ist. Im vorliegenden Falle behauptet nun der als Kläger auftretende Normalschulfond, dass ihm auf Grund einer von den zur Vertretung des Studienfondes befugten Behörden rechtsgiltig ergangenen Anerkennung die Dienstbarkeit des Nutzgenusses des in Rede stehenden, dem Studienfonde gehörigen Hauses zustehe, dass dieses Recht im Jahre 1872 in die Landtafel und zwar auf dem Lasten-

blatte dieses Hauses einverleibt sowie auch, dass gegen diese Einverleibung kein Einspruch erhoben wurde, obwohl die Betheiligten von derselben ordnungsmässig verständigt wurden, und dass daher dieses Recht gegen jede Anfechtung verjährt ist. Die Finanzprocuratur stellt zwar in Vertretung des Studienfonds in Abrede, dass die behauptete Anerkennung des Nutzniessungsrechtes erfolgte, ist ferner bemüht, die Nichtigkeit der Eintragung darzuthun und erachtet die Ersitzung des Rechtes hiedurch für ausgeschlossen. Es bedarf jedoch keiner weiteren Ausführungen, um darzuthun, dass auch bezüglich dieser rein privatrechtlichen Fragen nicht das Ministerium für Cultus und Unterricht, sondern lediglich die Gerichte zu entscheiden berufen sind. Belangend den Umstand, dass das erwähnte Recht erst im Jahre 1872 einverleibt wurde, während das obcitirte Gesetz schon im Jahre 1869 erfloss, so ist derselbe nicht zu berücksichtigen, weil der wirkliche Bestand eines Rechtes nicht von dessen Eintragung in die Grundbücher abhängt. Insoferne also die E. der Unterinstanzen die Klage blos deshalb zurückweisen, weil sich dieselbe auf den § 66 cit. stützt und zur Constatirung des „wirklichen Bestandes“ die Gerichte nicht berufen sind, sind dieselben gesetzwidrig und waren laut Hofd. vom 15. Februar 1833, JGS Z. 2593, im Sinne der Revisionsbeschwerde abzuändern. Die Finanzprocuratur hat zwar subsidiarisch noch weiters eingewendet, dass diese Angelegenheit eigentlich zufolge § 3 des Gesetzes vom 31. December 1867, RGB Nr. 143, vor das Reichsgericht gehöre, weil es sich um einen gegen alle im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder gerichteten Anspruch handelt; allein zur Widerlegung dieser irrigen Meinung genügt es, auf denselben § 3 cit. zu verweisen, welcher die darin specificirten Angelegenheiten der E. des Reichsgerichtes nur dann zuweist, wenn die bezüglichen Ansprüche zur E. im o. Rechtswege nicht geeignet sind.

2895.

Das Recht des Fischfanges in den aus einem See auf den benachbarten Grund in Folge Ueberfluthung übertretenden Gewässern kann vom Eigenthümer des Grundes gegenüber dem zum Fischfange im See Berechtigten ersessen werden.

E. v. 6. October 1892, Z. 8711. — (JMB 833 ex 92, Seite 188.)

Der Kläger A hat das Fischereirecht auf dem . . . . see käuflich in sein Eigenthum erworben, und der Geklagte B masst sich das Fischereirecht auf seinen (des Geklagten) an den genannten See angrenzenden Parcellen an. Dem Klagebegehren des Inhalts: „B sei schuldig, des Klägers A freies Eigenthum an dem Fischwasser des . . . . sees und den darin befindlichen Fischen überhaupt und auch dann anzuerkennen, wenn durch Ueberfluthung das Seewasser auf ihm gehörigen Grund übertritt“, hat die I. J. stattgegeben aus folgenden

Gründen:

Die Behauptung des Geklagten, dass er und seine Besitzesvorfahren das Fischereirecht auf den ihm gehörigen Parcellen seit mehr als 40 Jahren ausgeübt haben, ist im Wesentlichen erwiesen; dieser Beweis genügt aber nicht, um dem B ein ausschliessliches Recht auf das Fischwasser und den Fischfang auf seinen Parcellen zusprechen zu können, da erwiesenermassen auch die Pächter des Fischwassers des .... sees selbst auf den Parcellen des Geklagten gefischt haben. Will der Geklagte sein Recht auf die o. Ersitzung stützen, so muss er beweisen, dass er den Besitz des Rechtes durch die ganze Ersitzungszeit ausschliesslich auch gegenüber dem Kläger ausgeübt habe, und auch die Rechtmässigkeit des Besitzes gemäss § 1461 ABG darthun, da zur Ersitzung ein giltiger Titel erfordert wird. Einen giltigen Titel hat aber nur der Kläger durch den Kauf der Fischereiberechtigung nachgewiesen, und ist ihm das Recht des Fischfanges auf den Parcellen des Geklagten auch durch § 6 des Gesetzes vom 25. April 1885, RGB Nr. 58, eingeräumt.

Die II. J. hat die Klage abgewiesen.

Gründe:

Hier handelt es sich nur um die E. der streitigen Frage, ob der Kläger berechtigt sei, auf den dem See angrenzenden Grundstücken des Geklagten, wenn dieselben vom Wasser des Sees überfluthet sind, ausschliesslich zu fischen und insbesonders den Geklagten vom Fischfange auf diesen Grundstücken auszuschliessen. Der Kläger kann nur das Recht, im See den Fischfang auszuüben, für sich in Anspruch nehmen. Der See und daher auch das in demselben befindliche Wasser sind öffentliches Gut, und letzteres kann auch nicht dadurch, dass es auf den Grund des B übertritt, Privateigenthum des Klägers werden; die Fische sind Zugehör des Wassers und werden erst durch den Fang Eigenthum des Fischereiberechtigten. Das ausschliessliche Fischereirecht des Klägers auf dem eigentlichen .... see ist nicht bestritten, von diesem müssen aber die Grundstücke des Geklagten unterschieden werden, da sie auch dann, wenn sie vom Seewasser überfluthet werden, nicht als öffentliches Gut, sondern als Privateigenthum anzusehen sind.

Der Geklagte hat aber das Fischereirecht bezüglich obgenannter Parcellen gemäss § 312, 313, 1460, 1468, 1470 und 1493 ABG durch Ersitzung auch gegenüber dem Besitzer des Fischereirechtes im See erworben, wenn auch angenommen wird, dass das erwähnte Recht nicht an und für sich mit dem Besitze vom Grunde und Boden verbunden und als ein Ausfluss des Eigenthumsrechtes an demselben anzusehen war. Dass der Besitz des Geklagten oder seines Vorgängers ein unredlicher gewesen sei, hätte nach § 328 ABG der Kläger zu erweisen. Ein Grund zur Annahme eines unechten Besitzes im Sinne des § 345 ABG liegt nicht vor.

Bei der mehr als dreissig- und vierzigjährigen Ausübung bedurfte der Geklagte gemäss §§ 1477 und 1493 ABG auch nicht der Angabe und Nachweisung eines rechtmässigen Titels. Es ist zwar erwiesen, dass der Besitz des Geklagten kein ausschliesslicher gewesen sei; hier handelt es sich aber nicht darum, ob der Geklagte berechtigt sei, den Kläger von der Ausübung der Fischerei auf seinem Grunde auszuschliessen, und es obliegt demselben nicht, dieses Recht zu erweisen; es wäre vielmehr Sache des Klägers gewesen, um sein auf Ausschliessung des Geklagten gerichtetes Begehren zu begründen, die Ausschliesslichkeit seines Rechtes darzuthun, während auf Seite des Geklagten der Nachweis genügte, dass er das Recht, auf seinem Grunde zu fischen, sei es ausschliesslich oder mit dem Kläger, durch Ersitzung erworben habe. Die Bestimmungen des Gesetzes vom 25. April 1885, RGB Nr. 58, § 6 können vorliegend nicht zur Anwendung kommen, weil dieses Gesetz gemäss § 9 desselben noch nicht in Wirksamkeit getreten ist.

Der OGH hat das oberlandesgerichtliche U. aus dessen der Actenlage und dem Gesetze entsprechenden und erschöpfenden Gründen bestätigt und mit Rücksicht auf die Beschwerdeausführungen nur noch bemerkt: Der . . . . see und die Grundparcellen des Geklagten sind in dem Cataster genau von einander unterschieden, wovon der See ein öffentliches Gut, die anderen Parcellen aber Privateigenthum darstellen, und da nach Inhalt des Grundbuches der klägerischen Realität nur das Fischereirecht auf dem . . . . see zugeschrieben erscheint, so ist die Behauptung der Beschwerde, dass der Geklagte, wenn er auf seinen Grundparcellen fischt, sich eine Servitut zur Last der klägerischen Realität anmasse, ganz unhaltbar, und zeigt sich hiedurch auch die Unanwendbarkeit der Bestimmung des § 1500 ABG auf den vorliegenden Fall; dass aber auch die Bestimmung des § 6 des Gesetzes vom 25. April 1885, RGB Nr. 58, hier nicht angewendet werden könne, wurde schon vom OLG nachgewiesen, abgesehen davon, dass dieses Gesetzes gemäss § 5 ABG auf das vom Geklagten früher erworbene Recht, auf den oberwähnten Parcellen zu fischen, keinen Einfluss ausüben könnte.

2896.

Die Bestimmungen der §§ 1299 und 1304 ABG sind auch dann für den Zuspruch des Schadens anzuwenden, wenn der Schade aus einem strafgesetzlich zu ahndenden Verschulden entspringt.

E. v. 6. October 1892, Z. 10922. — (GH 52 ex 92, Seite 441.)

Mittelst der Klage vom 12. August 1891, Z. 6648, verlangte Anna F. von dem Geklagten Tobias P., weil dieser unbefugt und fehlerhaft ihre kranke Tochter Franziska F. behandelt hat, einen Ersatz von 153 fl. für die derselben geleistete Verpflegung, einen Ersatz von

306 fl. für die derselben gewährte Pflege und Bedienung und einen Betrag von 39·30 fl. für für sie gekauftes Oel und Salben, daher zusammen einen Betrag von 468·30 fl. Die Klägerin stützte ihr Klagebegehren auf die rechtskräftig erfolgte Verurtheilung des Geklagten wegen der Uebertretung der Curpfuscherei und auf das in der gegen denselben anhängig gewesenen Strafsache abgegebene Gutachten der Sachverständigen.

Der Geklagte widersprach, gewerbsmässig die Behandlung der Kranken zu betreiben, widersprach, dass auf seiner Seite ein Verschulden unterlaufen ist, und machte geltend, dass Anna F. ihm die Behandlung der Tochter Franziska F. nicht hätte anvertrauen sollen, demnach auf Seite der Klägerin auch ein Versehen unterlaufen ist. Der Geklagte, der die beanspruchten Beträge für überspannt erklärte, widersprach ferner den Angaben der Klägerin, dass sie ihre Tochter Franziska verpflegt, bedient, gepflegt und für sie Oel und Salben um 39·30 fl. gekauft habe, und schob der Klägerin die diesbezüglich ihm aufgetragenen Haupteide zurück.

Hierüber hat die I. J. erkannt: der Geklagte ist schuldig a) für die Verpflegung der Franziska F. während der Dauer ihrer Krankeit für die Zeit vom 10. Februar 1889 bis 15. März 1889 und vom 7. Juni 1889 bis 25. Februar 1890, also für einen Zeitraum von 306 Tagen einen Betrag täglicher 50 kr., daher zusammen den Betrag per 153 fl., b) für die Bedienung und Pflege der Franziska während dieses Zeitraumes von 306 Tagen einen Betrag täglicher 50 kr., daher zusammen den Betrag von 153 fl. und c) für Oel und Salben den Betrag per 39·30 fl., zusammen den Gesammtbetrag per 345·30 fl. der Klägerin zu bezahlen, wenn die Klägerin die ihr in der Einrede rückgeschobenen Haupteide des Inhalts: 1. es sei wahr, dass sie ihre Tochter Franziska F. während deren Krankheit vom 10. Februar 1889 bis 15. März 1889 und vom 7. Juni 1889 bis 25. Februar 1890 verpflegt habe; 2 es sei wahr, dass sie ihre Tochter Franziska F. während deren Krankheit vom 10. Februar 1889 bis 15. März 1890 und vom 7. Juni 1889 bis 25. Februar 1890 bedient und gepflegt habe; 3. es sei wahr, dass sie für ihre Tochter Franziska F. während deren Krankheit Oel und Salben um den Betrag von 39·30 fl. gekauft habe — ablegt. Es wurde jedoch der Klägerin freigestellt, blos einen oder den andern der sententionirten Haupteide abzulegen, in welchem Falle der Geklagte nur schuldig sein sollte, den in der betreffenden Eidesformel enthaltenen Betrag der Klägerin zu ersetzen.

Gründe:

Durch das U. des BG W. und das U. des Kreis- als Berufungsgerichtes in C. ist erwiesen, dass Tobias P. deshalb, weil er, ohne ärztlichen Unterricht erhalten zu haben, und ohne gesetzliche Berechtigung zur Behandlung von Kranken, als Wundarzt diese ausgeübt und die Franziska F. auch behandelt hat, der im § 343 St. G. bezeichneten Ueber-

tretung der Curpfuscherei schuldig gesprochen worden ist. Durch das Zugeständniss des Geklagten ist erwiesen, dass er die Franziska F., Tochter der Klägerin, in Behandlung genommen und ihr das Knie am linken Fusse nachdem es verrenkt war, eingerichtet hat, nach Verlauf von acht Tagen wiedergekommen ist, um der Franziska F. das Knie zu überbinden. Durch das Gutachten der beeideten Sachverständigen ist festgestellt, dass die Krankheit der Franziska F. nur durch die fehlerhafte und grobe Manipulation des zur Vornahme solcher Verrichtungen unbefugten und unbefähigten Geklagten den von ihnen geschilderten Verlauf genommen hat. Dieses Gutachten muss ungeachtet des erhobenen Protestes des Geklagten deshalb Berücksichtigung finden, weil sich derselbe auf die Strafacten beruft, auf diese verweist, diese Berufung aber nur hinsichtlich der Entschädigungsansprüche gelten kann, da die Schuld- und Straffrage rechtskräftig entschieden ist und sie daher nicht berühren kann. Durch das rechtskräftig gegen Tobias P. gefällte Strafurtheil in Verbindung mit dem Gutachten der Sachverständigen und der vom Geklagten zugestandenen Behandlung der Franziska F. ist bei Berücksichtigung der Bestimmung des § 1299 ABG die Verpflichtung des Geklagten auf Ersatz des zugefügten Schadens begründet, ohne dass er sich mit Erfolg auf den Schlussabsatz des § 1299 ABG berufen kann, weil, abgesehen davon, dass der Geklagte nicht nachgewiesen hat, dass Klägerin seine Unerfahrenheit, sowie Unkenntniss gewusst hat, oder bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit wissen konnte, und nicht angeführt hat, dass er ihr seine Nichtberechtigung mitgetheilt hat, deren Zwangslage, dass sie als Mutter der Franziska F. dem Geklagten und nicht einem Arzte die Behandlung ihrer Tochter anvertraut hat, als Versehen ihr nicht angerechnet werden kann, zumal sie wegen dieser Zwangslage strafgerichtlich als Mitschuldige nicht behandelt wird. Selbstverständlich musste die Verpflichtung des Geklagten zufolge des vom Geklagten erhobenen Widerspruches, dass Anna F. ihre Tochter verpflegt, gepflegt und gewartet und für sie Oel und Salben gekauft hat, von der Ablegung, beziehungsweise Nichtablegung des der Klägerin Anna F. diesbezüglich rückgeschobenen Haupteides abhängig gemacht werden. Beweist Anna F. durch ihre Eide, dass sie die Franziska F. durch 306 Tage ernährt, gepflegt, gewartet, und dass sie für sie Oel und Salben um den Betrag von 39·30 fl. gekauft hat, so ist der klägerische Anspruch auf Ersatz begründet. Hiebei wird bemerkt, dass der Betrag von 50 kr. für die Verpflegung einer 18 Jahre alten und kranken Frauensperson per Tag keineswegs als überspannt bezeichnet werden kann, so dass der Alimentationsbetrag täglicher 50 kr. mit vollem Rechte zugesprochen werden konnte. Was hingegen die Höhe des Lohnes für Pflege und Wartung betrifft, so erscheint der begehrte Betrag von täglich 1 fl. thatsächlich zu hoch gegriffen; denn wenn auch Anna F. bei Berücksichtigung der Thatsache, dass sie als Arbeiterin bei der Wartung und Pflege ihrer Tochter

Franziska F. unter Berücksichtigung der von den Sachverständigen bezeichneten Hilflosigkeit der Kranken in ihrem Erwerbe mindestens beeinträchtigt war, so hätte doch der Geklagte Tobias P. für den Fall der Unterbringung der Franziska F. in einem Krankenhause für die Verpflegung und Pflege kaum einen höheren Betrag als 1 fl. per Tag gezahlt, weshalb unter Würdigung dieses Umstandes der Anna F. für die Pflege und Wartung ihrer kranken Tochter Franziska F. die Entschädigung täglicher 50 kr. als angemessen zugesprochen wurde. Rücksichtlich des Betrages per 39·30 fl. wurde dessen Ersatz von dem Beweise abhängig gemacht, dass Anna F. thatsächlich diesen Betrag für Oel und Salben verausgabt hat.

Ueber Appellation des Geklagten hat die II. J. dieses U. dahin abgeändert, dass der Klägerin blos die Hälfte der ihr vom ersten Richter für die einzelnen Ersatzansprüche zuerkannten Beträge zugesprochen wurde, wenn sie die betreffenden vom ersten Richter ihr auferlegten Haupteide ablegt, während sie mit der anderen Hälfte der ihr vom ersten Richter zugesprochenen Beträge unbedingt abgewiesen wurde, sowie auch mit dem weiteren Betrage per 153 fl. für Bedienung und Pflege der Kranken, mit welchem Betrage sie bereits vom ersten Richter implicite abgewiesen worden ist.

Gründe:

Durch die vorgelegten Strafacten und das Zugeständniss des Geklagten ist erwiesen, dass derselbe die Franziska F., ohne die gesetzliche Befugniss zur Behandlung von Kranken zu haben, behandelt hat, und durch das in der Strafsache gegen den Geklagten wegen Uebertretung des § 343 St. G. von den Gerichtsärzten abgegebene Gutachten, welches als den gesetzlichen Erfordernissen vollkommen entsprechend mit vollem Rechte der E. des ersten Richters zu Grunde gelegt wurde, ist weiter erwiesen, dass die Erwerbsunfähigkeit der Franziska F. nur durch die fehlerhafte und grobe Behandlung des Geklagten entstanden ist; es ist derselbe somit nach § 1299 ABG schuldig, den durch seine Handlung entstandenen Schaden zu vertreten, dessen Bestimmung durch Sachverständige nicht nöthig erscheint, da zu dessen Beurtheilung Fachkenntnisse nicht erforderlich sind, und es Sache der Klägerin ist, durch Ablegung der betreffenden Haupteide zu erweisen, dass sie die in Rede stehenden Kosten wirklich getragen hat, deren vom ersten Richter bestimmte Höhe den Verhältnissen angemessen erscheint, umsomehr als es sich um die Pflege einer Kranken handelte, welche jeder Bewegung unfähig war. Jedoch fällt auch der Klägerin gemäss § 1299 ABG ein Versehen zur Last, da sie sich wegen Behandlung ihrer Tochter an einen wirklichen Arzt und nicht an den Geklagten zu wenden hatte, von dem sie aus den ganzen Umständen wissen musste oder leicht in Erfahrung bringen konnte, dass derselbe kein Arzt ist. Klägerin hat somit nach § 1304 ABG einen ver-

hältnissmässigen Theil des Schadens mitzutragen, und da in diesem Falle eine Bestimmung dieses Verhältnisses unmöglich ist, hat Klägerin gemäss desselben Paragraphen die Hälfte des Schadens zu tragen. Da hiernach die Appellation des Geklagten, insoweit er die Befreiung von jedem Ersatze aus dem Grunde anstrebt, dass ihm kein Verschulden zur Last fällt, nicht begründet ist, andererseits auch der Klägerin ein Versehen zur Last fällt, dieser Theil der Appellationsbeschwerde mithin als begründet angesehen werden muss, wurde das erstrichterliche U. dementsprechend abgeändert.

Ueber die Revisionsbeschwerde der Klägerin hat der OGH das oberlandesgerichtliche U. bestätigt.

Gründe:

Mit Recht hat das OLG die Bestimmungen des Schlusssatzes des § 1299 und des § 1304 ABG auf den vorliegenden Fall angewendet, weil auch dann, wenn der Schade einem strafgesetzlich zu ahndenden Verschulden entspringt, das Mass der Schadenersatzpflicht nach den Bestimmungen des 30. Hauptstückes des ABG zu beurtheilen ist, und weil aus den Strafacten, auf welche sich die Klägerin selbst beruft, und zwar aus der Aussage ihrer Tochter, hervorgeht, dass die Klägerin derselben erzählte, bei S. sei ein verständiger Mann, welcher Brüche einzurichten verstehe (nämlich der Geklagte), aus dieser Bezeichnung aber sich zweifellos ergibt, dass die Klägerin wusste, dass der Geklagte kein Arzt sei. Demgemäss ist das oberlandesgerichtliche U. zu bestätigen.

2897.

Nach erfolgter Ablassung von der Klage ist der Richter berechtigt, die Sistirung der wegen Leistung einer actorischen Caution angeordnet gewesenen Tagsatzung von Amtswegen zu verfügen.

E. v. 6. October 1892, Z. 11792. — (GZ 1 ex 93, Seite 7.)
I. LG Wien.
II. OLG Wien.

Zufolge der Klagen des A gegen B wegen Unterfertigung einer Vertragsurkunde, Zahlung von 30.000 fl. und Uebernahme eines Hauses s. A. wurde über Gesuch des B die Incidenzverhandlung wegen Leistung einer Klagscaution eingeleitet und angeordnet. Vor dieser Tagfahrt ist A von der Klage abgestanden, worauf die I. J. die Verhandlung wegen Leistung einer actorischen Caution als gegenstandslos sistirte.

Ueber den hiegegen überreichten Recurs des Klägers hat das OLG im Hinblicke auf den im § 1 AGO enthaltenen Grundsatz, dass der Richter nicht von Amtswegen vorzugehen hat, die angefochtene von keiner der Parteien erbetene Verfügung der I. J. behoben.

Dem Revisionsrecurse des B Folge gebend, fand der OGH den erstrichterlichen B. in der Erwägung wieder herzustellen, dass der wegen Leistung der Klagscaution geführte Nebenstreit mit der Klage in einem derartigen Zusammenhange steht, dass demselben dadurch jede Grundlage entzogen ist, wenn von der Klage abgestanden wurde, und dass die Vorschrift des § 1 AGO nicht in der vom OLG angenommenen Weise ausgelegt werden kann, dass nämlich der Richter nach erfolgter Abstehung von der Klage durch jene Vorschrift gehindert wäre, von Amtswegen die Sistirung der wegen Leistung der actorischen Caution angeordnet gewesenen Tagsatzung zu verfügen.

2898.

Anspruch des Zwischenspediteurs, welcher eine Waare laut Angabe des Vormannes bei der Verzollung declarirt und nach zollbehördlicher Beanständung um Ablassung vom Strafverfahren gebeten hat, auf Ersatz der erlegten Zollstrafe.

E. v. 6. October 1892, Z. 8747. — (JB 50 ex 92, Seite 599.)

I. BG Tetschen.

II. OLG Prag.

Die Speditionsfirma A in Hamburg liess 30 Fass, welche ihr als Fischthran seitens der Firma X in London zugekommen waren, mit der Weisung an die Speditionsfirma B in Tetschen abgehen, diese Waare (Fischthran) zu verzollen und sie franco Zoll prompt an Y in Trautenau abgehen zu lassen. Der Comptoirist C der Firma B besorgte die Verzollung der von ihm als Fischthran declarirten Waare in Tetschen und B sandte sonach seine gemäss dem Zollsatze von einem Gulden Gold für Fischthran zusammengestellte Spesennota an A. Kurz darnach erhielt B vom Hauptzollamte in Tetschen die Mittheilung, dass betreff der Waare ein Zollanstand vorliege, indem die als Fischthran declarirte Waare von zwei Fachleuten für Harzöl bezeichnet worden ist, welches einen höheren Zollsatz hat. Mittlerweile waren die 30 Fass jedoch seitens der böhmischen Nordbahn bereits gegen Trautenau abgerollt. Der von B avisirte A telegraphirte, man möge die Zolldifferenz erlegen und die zur Verantwortung gezogene Firma B respective ihr Comptoirist C erlegte, indem er gleichzeitig um Ablassung vom Gefällsstrafverfahren ansuchte, die Zolldifferenz nebst einem Mindeststrafbetrage, zusammen 314·16 M. Die Nota hierüber wurde an A gesandt, welcher sie zu honoriren verweigerte und, unter der Behauptung, die Waare habe thatsächlich Fischthran enthalten, den B zur Durchführung des Gefällsstrafverfahrens aufforderte. Die Finanzbehörden lehnten jedoch endgiltig die Durchführung des Verfahrens ab, da die Waare mittlerweile dem Verkehr übergeben war und C auch ausdrücklich um Ablassung des Strafverfahrens gebeten hatte. B hat nun

einem Contocorrentanspruche des A seinen Ersatzanspruch per 314·16 M. entgegengesetzt, worauf ihn A deshalb auf Zahlung belangte.

Die I. J. wies die Klage ab.

Die II. J. hat der Klage stattgegeben.

Ueber die Revisionsbeschwerde der geklagten Firma hat der OGH die E. I. J. wieder hergestellt.

Gründe:

Mit dem Schreiben ddto. Hamburg 22. October 1888 hatte A dem B unter Hinweis auf den übermachten Ladeschein die Ordre ertheilt, die darin verzeichneten Waaren (Fischthran Zoll 1 fl.) prompt nach Eintreffen an Y in Trautenau franco inclusive Zoll weiter zu befördern. Dieser Weisung ist B nach Ankunft der Waare dadurch nachgekommen, dass sie durch ihren Comptoiristen C am Zollamte die durch den Zollbeamten, welcher die Schiffsladung von Schandau aus begleitet hatte, abgegebenen Connossements und Stammerklärungen behob, die Declaration gemäss der Stammerklärung ausfertigte und nebst Connossements und Bahnfrachtbriefen der Böhmischen Nordbahn auf Grund des zwischen dieser und B bestehenden Uebereinkommens zur Besorgung der Verzollung und Weiterbeförderung an den Destinator übergab. Durch das von dem Zollamtsofficial Z ausgestellte Amtszeugniss ist als bewiesen zu halten, dass die von B zur Verzollung angemeldeten 30 Fass Fischthran keinen Fischthran enthielten, sondern auf Grund des mit Zuziehung von zwei Sachverständigen aufgenommenen Befundes als Harzöl der Tarifpost 117 zum Zolle von 1·50 fl. Gold per 100 Kilogramm befunden worden und dessenthalben gegen B der gesetzmässig begründete Anstand erhoben und durchgeführt worden ist. B hatte, um der gesetzlichen Strafe zu entgehen, um Ablassung von dem Vollzug des gesetzmässigen Verfahrens gebeten, und nachdem bewilligt worden war, die entfallende Zollgebühr im Betrage von 88·78 fl. in Gold und 147·95 fl. als Strafe zu erlegen, wie dies durch die Empfangsbestätigung des Hauptzollamtes bewiesen ist, diese Beträge auch erlegt. Aus diesem Grunde nimmt B den Rückersatz der erhöhten Zollgebühr und der Strafgebühr gegen A in Anspruch und stellt diese Gegenforderung der einklagten Saldoforderung compensando entgegen. A weigert sich, diese Gegenforderung anzuerkennen, jedoch nicht mit Recht. A bestreitet die Richtigkeit der Constatirung seitens des Zollamtes, dass die als Fischthran declarirten Fässer Harzöl gewesen seien und behauptet, dass die Geklagte fahrlässigerweise verabsäumt habe, bei der Zollamtshandlung zu interveniren und die Entnahme einer amtlichen, vorschriftsmässig zu versiegelnden Probe zu beantragen, und dass sie es verschuldete, dass sie erst am 17. oder 18. November Kenntniss von dem Anstande erhalten hat, nachdem die fragliche Waarensendung von der Böhmischen Nordbahn weiter befördert und dadurch die zweckmässige Anwendung

der im zollämtlichen Verfahren zulässigen Rechtsmittel vereitelt worden war. Diese Behauptung ist ungegründet und sind die daraus gezogenen Schlüsse unrichtig. Mag Firma B der klagenden Firma gegenüber als Zwischenspediteur oder Mandatar angesehen werden, fällt ihr ein Verschulden nicht zur Last, indem sie stricte die von der klagenden Firma erhaltene Ordre vollzog. Die von ihr eingereichte Declaration als Fischthran erfolgte in Gemässheit der erhaltenen Weisung und ist so anzusehen, als ob sie von der klagenden Firma selbst erfolgt wäre, sie hat daher die Folgen zu tragen, wenn die Declaration als unrichtig befunden und hierwegen das gefällsamtliche Strafverfahren eingeleitet worden ist. Sie hat aber auch die Folgen zu tragen, dass die Waare, nachdem das Zollamt von derselben eine Probe behufs Prüfung derselben auf die Richtigkeit der Declaration als Fischthran genommen hatte, schon am 14. November durch die Böhmische Nordbahn weiterbefördert worden und am 17. November bereits in Trautenau angekommen war und es dadurch unmöglich geworden ist, den der klagenden Firma obliegenden Beweis über die behauptete Qualität des Inhaltes der 30 Barels zu erbringen, nachdem A in dem Schreiben vom 22. October 1888 der Geklagten zugleich die weitere Ordre ertheilt hatte, die Waare prompt weiter zu befördern und diesem Auftrage ebenfalls entsprochen werden musste und dadurch entsprochen wurde, dass die Waare schon am 14. November 1888 nach Trautenau expedirt worden ist. Es ist unbestritten, dass die von dem Zollamte den in Rede stehenden 30 Barels, welche als Fischthran declarirt worden sind, entnommene Probe dem Sachverständigenbefunde durch die in dem Amtszeugnisse genannten Sachverständigen zugrunde gelegt worden ist und es kann als Versäumniss der Firma B nicht erkannt werden, dass sie nicht bei der Entnahme der Probe intervenirte und für die Versiegelung derselben sorgte und die zollamtliche Abfertigung nicht abwartete, vielmehr auf Weiterbeförderung der Waare an den Destinatar bedacht war, da sie ja nicht ahnen konnte, dass bezüglich der Waare, welche sie gemäss der erhaltenen Ordre als Fischthran declarirt hatte, zollamtlich ein Anstand erhoben werde und, als ihr der Anstand auf Grund des über die entnommene Probe aufgenommenen Sachverständigenbefundes bekannt gegeben wurde, die Waare bereits abgegangen ist und eine Ueberprüfung nicht mehr möglich war. Sobald aber auf Grund des Befundes das gefällsamtliche Strafverfahren eingeleitet war, war es offenbar im Interesse und zum Nutzen der klagenden Firma, wenn die Geklagte um Ablassung von dem Vollzuge des gesetzmässigen Verfahrens gebeten und die nach dem Befunde von der Waare als Harzöl entfallende Gebühr und die nach dem für die Uebertretung festgesetzten mindesten Strafausmaasse entfallende Strafe erlegte; sie that es für die klagende Firma und gebührt ihr daher der Ersatz, weshalb sie mit Recht ihre Gegenforderung compensando dem Klageanspruch entgegenstellt. Das erstrichterliche, die Klage abweisende

U. entspricht der Sachlage und ist gesetzlich begründet, und wurde daher unter Abänderung des dem Klagebegehren stattgebenden oberlandesgerichtlichen U. wieder hergestellt.

2899.

Taubstumme können ihren letzten Willen nicht blos gerichtlich oder mittelst Notariatsactes, sondern auch im Sinne des § 585 ABG in Gegenwart von Personen, welche ihre Zeichensprache verstehen, giltig erklären.

E. v. 7. October 1892, Z. 6993. — (JMB 839 ex 92, Seite 193.)

In der Verlassenschaftsabhandlung nach dem Taubstummen A wurden die testamentarischen Erben B und C, Neffen des Erblassers, zur Ueberreichung der Klage gegen die gesetzlichen Erben wegen Giltigkeit des von A vor drei Zeugen, welche seine Zeichensprache verstanden, errichteten mündlichen Testamentes angewiesen. Gegen die überreichte Klage wendeten die Geklagten ein, dass ein Taubstummer nicht vor Zeugen, sondern blos vor einem Notar im Sinne der §§ 60, 61, 72 der NO und nach § 577 ABG testiren könne.

Beide unteren Instanzen gaben dem Klagebegehren statt; das OLG im Wesentlichen aus folgenden

Gründen:

Die Taubstummen zählen nicht zu jenen Personen, denen nach dem IX. Hauptstücke ABG nicht gestattet ist, zu testiren. Dies ist jedoch nur unter Beobachtung gewisser Förmlichkeiten, §§ 566, 568, 569, 573 ABG, zulässig, und auch ein solcher Testator hat seinen Willen überlegt, bestimmt und frei zu erklären, wie es der § 565 ABG vorschreibt. Die Taubstummen sind nicht immer zugleich blödsinnig, und nach § 275 ABG darf einem Taubstummen, wenn er seine Geschäfte zu verwalten fähig ist, wider seinen Willen ein Curator nicht bestellt werden. Es lässt sich nicht bestreiten, dass durch täglichen oder häufigen Verkehr mit Taubstummen ein Zeichenverständniss sich heranbildet und zustande kommt, welches die Taubstummen, wenn sie auch keinen regelrechten Unterricht diesbezüglich genossen haben, in die Lage versetzt, sich verständlich zu machen und ihre Gedanken mitzutheilen, wobei bestimmte Zeichen an die Stelle der Sprache oder des Stimmvermögens, woran sie von der Natur verkürzt sind, treten. Daraus folgt, dass kein Grund vorhanden sei, die Bestimmung des § 577 ABG gegenüber einem Taubstummen einer beschränkenden Auslegung zu unterziehen, zumal diese Bestimmung mit jener der §§ 59, 60, 61, 72 NO in Zusammenhang zu bringen ist. Diese Paragraphe und das Gesetz vom 25. Juli 1871, RGB Nr. 76, welches von Verträgen unter Lebenden handelt, die mit Taubstummen abgeschlossen

werden, bestimmen nicht, dass Taubstumme blos mittelst Notariatsactes testiren dürfen; hieraus muss geschlossen werden, dass eine solche Person im Sinne des § 585 ABG ihren letzten Willen in Gegenwart von Personen, welche ihre Zeichensprache zu verstehen vermögen, giltig erklären kann. Die im Processe einvernommenen Zeugen bestätigten unter Eid, dass der Taubstumme A seine Gedanken mit verständlichen Zeichen seinen Nachbarn und anderen Dorfbewohnern, die mit ihm verkehrten, genau auszudrücken verstand, dass er ein intelligenter und speculativer Mann, Handwerker und Kaufmann war, dass er sich nicht immer zu Hause aufhielt, sondern im Betriebe seines Handels auf Reisen ging, sowie dass er auch beichtete. Dieser Mann, der ein Vermögen besass, war gewiss berechtigt, vor Leuten, die ihn zu verstehen im Stande waren, seinen letzten Willen zu erklären; und er hat auch gewiss seinen Willen vor drei Zeugen erklärt, welche unter Eid ausgesagt haben, dass sie bei ihrer gleichzeitigen Anwesenheit, und nachdem sie sich vergewissert hatten, dass A im Zustande voller Besonnenheit war, nach seinen Zeichen leicht, gut und deutlich verstanden haben, dass er sein ganzes Vermögen seinen Neffen B und C hinterlasse.

Die dawider ergriffene a. o. Revisionsbeschwerde fand der OGH in Würdigung der zutreffenden Gründe des obergerichtlichen U. und beim Abgange der Voraussetzungen des Hofd. vom 15. Februar 1833, JGS Nr. 2593, zurückzuweisen.

2900.

Die Vereinbarung zwischen Verkäufer und Käufer, dass der letztere an einem bestimmten Tage, zu einer bestimmten Stunde, am Bahnhofe die gekaufte Waare übernehmen werde, begründet an und für sich noch kein Fixgeschäft.

E. v. 7. October 1892, Z. 10228. — (GH 3 ex 93, Seite 23.)

I. KG als HG Tabor.
II. OLG Prag.

A begehrte das E., der Geklagte B sei schuldig, die am 21. April 1891 erkauften 200 Sack Hafer zum Preise von 6·90 fl. per 100 kg. und 3 fl. Sensarie ab Kaiser Franz Josefs-Bahnhof Prag binnen 14 Tagen ihm, dem Kläger zu liefern.

Die I. J. hat die Klage unbedingt abgewiesen.

Gründe:

Der Kläger gibt selbst zu, dass er mit dem Geklagten besprochen hatte, am 25. April 1891 Vormittags auf den Kaiser Franz Josefs-Bahnhof in Prag zu kommen, um den am 21. April 1891 gekauften Hafer von dem Agenten C zu übernehmen. Er gesteht zu, nicht gekommen zu sein,

weil er das zur Bezahlung nöthige Geld durch Verzögerungen bei der Sparcasse nicht beschaffen konnte. Er gibt weiter zu, am selben Tage, am 25. April 1891 Nachmittags, habe ihn der Agent C in Prag getroffen und ihn gefragt, was er mit dem Hafer wolle, und er sei hierauf mit ihm zum Kaiser Franz Josefs-Bahnhofe gegangen, um den Hafer zu übernehmen. Der Kläger hat abermals nicht übernommen; seine Einwendung, es sei der von ihm gekaufte Hafer, 200 Sack à $50^3/_4$ kg., nicht dagewesen, sondern ein anderer Hafer, 180 Sack à 57 kg., ist von keiner Relevanz, zumal er nicht behauptet, viel weniger erwiesen hat, dass die Qualität nicht vertragsmässig gewesen sei. Nach dem Gutachten der Sachverständigen ist ein Vertrag, demzufolge der Verkäufer dem Käufer 200 Sack Hafer à $50^3/_4$ kg. zum Preise von 6·90 kr. per 100 kg. zu liefern hat, durch eine Lieferung von 180 Sack Hafer à 57 kg. ordnungsmässig erfüllt: denn 200 Sack à $50^3/_4$ kg. machen 10.150 kg. aus, 180 Sack à 57 kg. machen 10.260 kg. aus. mithin um 110 kg. mehr, wobei es gleichgiltig ist, ob das Gewicht Brutto oder Netto verstanden wird; die gesammte Gewichtsmenge ist daher in dem einen und in dem anderen Falle annähernd gleich, der Gewichtsunterschied von 110 kg., sowie die Differenz in der Anzahl der Säcke ist unwesentlich, Alles dies schon deshalb, weil der Einheitspreis für je 100 kg. bestimmt ist und die Qualität der Waare nicht in Frage steht. Es ist auch gleichgiltig, ob etwa ein Waggon mit verladenen 200 Sack Hafer vom Käufer bestellt ist und blos 180 Sack geliefert werden, weil das Gewicht der gesammten Waare entscheidend ist und die Sackung für den Verkehr ganz unwesentlich ist. Die Sackung à 57 kg. ist marktgängig. Da somit dem Kläger, respective dem Käufer ein Verzug zur Last fällt, war der Verkäufer, beziehungsweise der Geklagte befugt, von dem Vertrage abzugehen (Art. 354 HGB); demnach war die Klage abzuweisen.

Ueber Appellation des Klägers hat die II. J. diese E. abgeändert und erkannt: Der Geklagte ist schuldig, dem Kläger die am 21. April 1891 verkauften 200 Sack Hafer im Gewichte à $50^3/_4$ kg. gegen den dabei vom Kläger zu bezahlenden Kaufpreis von 6·90 fl. für 100 kg. und 3 fl. Sensarie ab Kaiser Franz Josefs-Bahnhof in Prag binnen 14 Tagen zu liefern.

Gründe:

Beiderseits ist zugestanden, dass bei Abschluss des Kaufvertrages am 21. April 1891, mit welchem der Geklagte dem Kläger 200 Sack Hafer im Gewichte à $50^3/_4$ kg. zum Preise von 6·90 fl. per 100 kg. und 3 fl. Sensarie ab Franz Josefs-Bahnhof in Prag verkauft hat, kein bestimmter Lieferungstag und also auch nicht bedungen war, dass die Waare genau zu einer festbestimmten Zeit oder binnen einer festbestimmten Frist geliefert werden soll; durch diesen Kaufvertrag wurde somit ein sogenanntes, nach Art. 357 HGB sich normirendes Fixgeschäft nicht begründet.

Nach den Processanführungen des Geklagten sei nun am 25. April 1891, als der Kläger sich wegen der Ablieferung des Hafers an den Geklagten gewendet hat, verabredet worden, dass der Kläger um 10 Uhr Vormittags sich am Franz Josefs-Bahnhofe in Prag einfinden möge, dass ihm der Agent C diesen Hafer dort übergeben werde. Aus dieser Verabredung lässt sich aber auch nicht folgern, dass hierdurch der in Frage kommende Kaufvertrag in ein nach § 357 HGB sich regulirendes sogenanntes Fixgeschäft nachträglich gestaltet worden wäre. Denn das Fixgeschäft im Sinne des Art. 357 HGB ist ein Lieferungskauf, bei welchem ausdrücklich bedungen ist, dass die Waare genau zu einer festbestimmten Zeit oder binnen einer festbestimmten Frist geliefert, respective übernommen werde. Wenn auch nicht nothwendig erscheint, dass die Festsetzung der Erfüllungszeit als genaue, durch bestimmte Worte ausgedrückt wird, weil die juristische Eigenschaft des Fixgeschäftes nicht in dem Worte, sondern in der Absicht der Parteien, ein Geschäft abzuschliessen, wo die Erfüllungszeit oder Erfüllungsfrist als ausdrückliche Bedingung zu gelten hat, gelegen ist, so kann in dem vorliegenden Falle in der geklagterseits behaupteten Verabredung vom 25. April 1891 eine derartige Absicht auf ein Fixgeschäft nicht gefunden werden. Um den Hafer am 25. April 1891 dem Kläger am Franz Josefs-Bahnhof zu übergeben, musste selbstverständlich eine Zeit bestimmt werden, zu welcher sich der Kläger einfinden soll, daher die Aufnahme der zehnten Vormittagsstunde allein und für sich als Verabredung, dass die Waare genau zu einer festbestimmten Zeit geliefert werden soll, nicht gelten kann; das allenfällige geschäftliche Interesse, dass die am Bahnhofe einwaggonirte Waare rechtzeitig auswaggonirt wird, erscheint hier in der aufgeführten Richtung, ohne dass diesem Interesse im Vertrage eben durch eine bestimmte Vertragsbestimmung Ausdruck gegeben wurde, unentscheidend. Ist nun der hier in Frage kommende Kaufvertrag kein Fixgeschäft im Sinne des Art. 357 HGB, dann genügt der Umstand, dass der Kläger damals am 25. April 1891 zur Uebernahme sich nicht eingefunden hat, allein noch nicht, um den Geklagten zu berechtigen, vom Kaufvertrage abzugehen; der Geklagte hätte nach Artikel 356 HGB dies dem Kläger unter Gewährung einer angemessenen Nachholungsfrist anzeigen müssen, was aber geklagterseits nicht geschehen ist. Es war sonach unter Abänderung des erstrichterlichen U. nach der Klage zu erkennen.

Ueber die Revisionsbeschwerde des Geklagten hat der OGH das oberlandesgerichtliche U. zu bestätigen befunden.

Gründe:

In dem Umstande, dass der Geklagte am 25. April 1891 dem Kläger den B. gab, der dem Kläger verkaufte Hafer sei schon am Franz Josefs-Bahnhof, Kläger möge um 10 Uhr Vormittags hingehen und den Hafer

von C übernehmen und bezahlen, und dass der Kläger erklärte, zur bestimmten Stunde auf den Bahnhof zu kommen, den Hafer zu übernehmen und zu bezahlen, kann schon nach dem Wortlaute dieser Erklärungen und nach dem Sinne derselben, wie das OLG richtig erörtert, eine Umwandlung des zugestandenermassen nicht als Fixgeschäft geschlossenen Vertrages in ein Fixgeschäft nicht erblickt werden, und dies umsoweniger, als die angeblichen Motive, welche beide Theile an dem Abschlusse eines solchen Geschäftes etwa haben konnten, in den unter ihnen gewechselten Erklärungen nach den Darstellungen der Einrede keineswegs zum Ausdrucke gebracht worden sind, und als aus dem Umstande, dass C am Nachmittag desselben Tages weitere Unterhandlungen wegen Uebernahme des Hafers mit dem Kläger pflog, klar hervorgeht, dass die Uebernahme des Hafers genau zu der festbestimmten Stunde nicht derart im Willen der Parteien lag, dass mit der Nichteinhaltung dieser Uebernahmszeit der Vertrag schon hinfällig werden sollte, und hinfällig geworden war. Lag aber ein Fixgeschäft nicht vor, dann war es gemäss Art. 356 HGB Pflicht des Geklagten, wenn er vom Vertrage abgehen wollte, dies dem Kläger anzuzeigen, und ihm eine den Umständen angemessene Frist zur Nachholung des Versäumten zu gewähren, dass aber, sei es der Geklagte, sei es C, dem Kläger angezeigt haben, dass ersterer vom Vertrage abgehen wolle, und dass hiebei eine Nachfrist gewährt wurde, wird vom Geklagten gar nicht behauptet, im Gegentheile geht aus seiner Darstellung hervor, dass am Vormittag des 25. April 1891 überhaupt gar keine Erklärung abgegeben wurde, und dass am Nachmittag desselben Tages C die Uebergabe des Hafers verweigerte, ohne eine Nachfrist zu gewähren, wozu er selbst dann verpflichtet gewesen wäre, wenn die Verabredung wegen sofortiger Bezahlung des Hafers bestanden hätte. Im Grunde dieses Sachverhaltes hat das OLG mit Recht der Klage stattgegeben und war dessen U. zu bestätigen.

2901.

Girirung eines Acceptes seitens eines Bruders an den anderen ohne Ersichtlichmachung des Umstandes, dass die Girirung lediglich behufs Incassos erfolgte.

E. v. 11. October 1892, Z. 11659. — (JB 5 ex 93, Seite 57.)

I. st.-del. BG Reichenberg.
II. OLG Prag.

Eduard S. hat mit dem B. des KG R. wegen einer Wechselforderung per 600 fl. die executive Pfändung und Schätzung des seinem Bruder Adolf S. gehörigen beweglichen Vermögens erwirkt, welche Execution auch vollzogen wurde. Nun hat aber auch Johann M. wegen einer For-

derung per 564 fl. gegen denselben Executen die Mobilarexecution erwirkt und wurde selbe durch Vormerkung des Beitrittes vollzogen. Johann M. behauptete nun, dass er durch die wegen der Wechselforderung des Eduard S. per 600 fl. am 25. November 1891 vollzogene Pfändung geschädigt werde, indem der Schätzwerth der gepfändeten Fahrnisse blos 272 fl. beträgt, und somit anzunehmen ist, dass die Execution zu seiner Befriedigung nicht führen werde. Aus diesem Grunde und da Eduard S. ein Bruder des Executen Adolf S. ist, focht Johann M. mit der gegen Eduard S. überreichten Klage den vom letzteren ausgestellten Wechsel per 600 fl. und die auf Grund desselben erworbene Sicherstellung durch executive Pfändung nach §§ 29 und 30 Z. 1 und 4 des Gesetzes vom 16. März 1884, RGB Nr. 36, an und begehrte die Unwirksamerklärung derselben gegenüber dem Kläger. Zur näheren Begründung des Klagsanspruches führte der Kläger an, dass Geklagter an Adolf S. keine Forderung und insbesondere nicht die Wechselforderung per 600 fl., wegen welcher er Execution erwirkte, zu stellen hat, und dass daher sowohl die Ausstellung des Wechsels. als auch die später vollzogene Execution nur bezwecken konnte, die Gläubiger des Adolf S. und speciell den Kläger zu benachtheiligen. Der Geklagte gestand zu, dass er von seinem Bruder Adolf S. nichts zu fordern habe, dass er den Wechsel per 600 fl. von seinem Bruder Stefan S., der diesem Stritte als Vertretungsleister beitrat, zum Incasso und eventuell zur Einklagung übernommen habe, und er nur diesem Auftrage nachkam und sohin die Execution erwirkte. Thatsächlich habe Stefan S. gegen Adolf S. die Wechselforderung zu stellen, und sei dieselbe dadurch entstanden, dass er im Jahre 1890 von demselben an Zinsen und Hypothekarforderungen und für gewährte kleinere Darlehen einen grösseren Betrag zu fordern hatte, dass Stefan S. sich sodann, da auch Adolf S. Gegenforderungen für verschiedene Dienstleistungen hatte, mit demselben verrechnete und hierbei für Stefan S. sich ein Guthaben von etwas mehr als 600 fl. ergab, welches auf 600 fl. einverständlich abgerundet wurde. Ueber diese Summe habe nun Adolf S. seinem Bruder Stefan S. den Wechsel ddto. 1. April 1890 zahlbar 6 Monate à dato acceptirt, welcher zur Verfallszeit wegen Nichteinlösung durch Ausstellung eines neuen Wechsels per 600 fl. Ende September 1890 prolongirt wurde, welcher neue Wechsel gleichfalls 6 Monate à dato zahlbar gestellt war. Dieser Wechsel sei ebenfalls zur Verfallszeit nicht eingelöst worden, was zur Folge hatte, dass Adolf S. dem Stefan S. den Wechsel ddto. 27. März 1891 per 600 fl. acceptirte, welcher eben später von dem Geklagten eingeklagt wurde. Dem Letzteren habe Stefan S. den Wechsel lediglich zum Incasso und zur eventuellen Einklagung übergeben, dass nicht Stefan S., sondern der Geklagte als Kläger gegen Adolf S. auftrat und die Execution gegen ihn erwirkte. Eine Absicht, die Gläubiger des Adolf S. und insbesondere den Kläger zu schädigen, sei daher auf

Seite des Adolf S. weder bei der Acceptirung des ursprünglichen Wechsels, noch des später gegebenen Prolongationswechsels vorhanden gewesen.

Die I. J. hat dem Klagebegehren für den Fall stattgegeben, wenn der Geklagte durch die von seinem Vertretungsleister Stefan S. abzulegenden Haupteide folgende zwei Beweise nicht erbringt: 1. dass es wahr ist, dass, als Stefan S. und Adolf S. sich im Jahre 1890 über ihre gegenseitigen Forderungen und von letzterem geleisteten Abschlagszahlungen verrechneten, sich hierbei für Stefan S. ein Guthaben von etwas mehr als 600 fl. ergab, welches auf 600 fl. einverständlich abgerundet wurde, dass über dieses Guthaben per 600 fl. von Adolf S. ein Wechsel ddto. 1. April 1890 per 600 fl., zahlbar 6 Monate à dato acceptirt wurde, dass dieser Wechsel, da Adolf S. zur Verfallszeit ihn nicht einlösen konnte, Ende September 1890 durch Ausstellung eines neuen Wechsels, welcher von Stefan S. als Aussteller und von Adolf S. als Acceptant unterfertigt und auf 6 Monate zahlbar gestellt wurde, prolongirt wurde, und dieser zweite Wechsel, als er von Adolf S. nicht eingelöst wurde, durch Ausstellung des Wechsels ddto. 27. März 1891, acceptirt und ausgestellt von Stefan S., prolongirt wurde, dass endlich dieser Wechsel, da Adolf S. keine Zahlung leistete, von Stefan S. im Regresswege eingelöst wurde; 2. dass es wahr ist, dass Stefan S. den Wechsel ddto. 27. März 1891 über 600 fl. dem Geklagten Eduard S. zum Incasso und eventueller Einklagung übergab, oder auch nur einen dieser Beweise nicht erbringt.

Gründe:

Im Hinblick auf die beiderseitigen Anführungen sind in rechtlicher Beziehung folgende Fragen zu beantworten: 1. Sind im Allgemeinen die Voraussetzungen für einen Anfechtungsanspruch des Klägers vorhanden? 2. Steht demselben der Anfechtungsanspruch auch gegen den Geklagten zu? 3. Inwieferne sind die Anführungen des Geklagten geeignet, den Anfechtungsanspruch des Klägers zu entkräften? In ersterer Beziehung bedarf es nach dem eingangs dargestellten Sachverhalte nicht erst einer weiteren Auseinandersetzung, dass dem Kläger als Gläubiger des Adolf S. das Anfechtungsrecht an sich zusteht. Denn Kläger hat gegen denselben eine vollstreckbare Forderung und ist auch nach dem gegen diesen aufgenommenen Pfändungsprotocolle und nach den unwidersprochen gebliebenen Angaben des Klägers, dass die Realität des Adolf S. C.-Nr. 425 in R. keinen höheren Werth als 3000 fl. hat und dieselbe mit Satzposten zusammen per 4350 fl. belastet ist, anzunehmen, dass die von dem Kläger geführte Execution zu einer vollständigen Befriedigung desselben nicht führen werde. Mithin sind die im § 32 AG geforderten Voraussetzungen für die Geltendmachung eines jeden Anfechtungsanspruches auch für den klägerischen Anspruch vorhanden. In zweiter Beziehung müssen die Bestimmungen des § 31 AG in's Auge gefasst werden. Der Kläger richtet

seinen Anfechtungsanspruch gegen den von Adolf S. acceptirten und später von dem Geklagten eingeklagten Wechsel ddto. 27. März 1891 per 600 fl., zahlbar 6 Monate a dato. Nach der bezogenen Gesetzesstelle ist die Anfechtung zulässig: a) gegen den Vertragsgenossen des Schuldners oder Denjenigen, der durch die Rechtshandlung selbst sichergestellt, befriedigt oder begünstigt wurde; b) gegen den Erben desselben; c) gegen einen anderen unmittelbaren Rechtsnachfolger oder Rechtsnehmer der ad a) genannten Personen unter bestimmten Voraussetzungen; d) gegen den Erben der ad c) genannten Personen. Der Kläger hat bezüglich der Ausstellung des Wechsels ddto. 27. März 1891 keine solchen Umstände angeführt, aus welchen sich ableiten liesse, dass der Geklagte dem Adolf S. bei der Uebergabe des Wechsels unmittelbar als Vertragsgenosse gegenüberstand oder unmittelbar durch den Wechsel sichergestellt etc. wurde. Aus dem Inhalte des in Abschrift gelegten und bezüglich der Richtigkeit des Inhaltes nicht bestrittenen Wechsels geht dieses auch nicht hervor, weil nach dem Wechsel nicht Edmund S. als Aussteller oder Remittent erscheint, sondern Stefan S. und letzterer auch auf die Rückseite sein Biancogiro beigesetzt hat. Wenn nun der Geklagte den Wechsel eingeklagt hat, so kann das nur auf Grund seines eigenen Giros geschehen sein. Als Giratar ist er gegenüber dem Acceptanten nicht unmittelbarer Vertragsgenosse, sondern lediglich der Rechtsnachfolger des Vertragsgenossen, des Ausstellers. Wenn daher gegen den Geklagten der Anfechtungsanspruch begründet werden soll, so kann das nur in der letzteren Richtung geschehen, weshalb im vorliegenden Falle nur die Bestimmung des Abs. 3 des § 31 AG von massgebender Bedeutung ist. Da Geklagter selbst zugesteht, dass der Schuldner Adolf S. sein Bruder ist, da ferner der Wechsel ddto. 27. März 1891 innerhalb des letzten Jahres vor Ueberreichung der Anfechtungsklage abgegeben wurde, und der Wechsel deshalb nach § 30 Alinea 4 AG gegen Stefan S. anfechtbar wäre, so ist er es auch gegen den Geklagten als Rechtsnachfolger des Stefan S. (§ 31 Abs. 3 lit c AG.) Demnach genügt es zur Begründung des klägerischen Anspruches nicht, dass der Geklagte gegen Adolf S. keine Forderung hat, sondern muss unbedingt auf das Rechtsverhältniss zwischen Adolf S. und Stefan S. näher eingegangen werden, weil nur dann, wenn das Rechtsverhältniss zwischen diesen anfechtbar ist, der Anfechtungsanspruch auch gegen den Geklagten erhoben werden kann. Kläger hätte daher auch schon diesen mehr in den Bereich seiner Erwägungen ziehen sollen, als er es bei dem von ihm eingenommenen Standpunkte, dass ihn das Verhältniss des Adolf S. zu Stefan S. nicht berühre, wirklich gethan hat. Da Kläger in dieser Hinsicht nur anführt, dass Stefan S. Kenntniss davon hatte, dass sein Bruder Adolf S. durch den Kläger, einem Maurer- und Zimmermeister, eine Scheuer auf Credit bauen liess und mithin auch wissen musste, dass Adolf S. die Absicht, seine Gläubiger zu schädigen, hatte,

und da diese Ansicht ohne jede weitere thatsächliche Begründung hingestellt wurde, so war auf diese Behauptung, weil dieselbe nicht erwiesen ist, beziehungsweise durch den Haupteid nicht erweisbar ist, nicht weiter Bedacht zu nehmen. Der Anfechtungsanspruch des Klägers, insoferne er sich auf § 29 des AG stützt, ist mithin gegenüber dem Stefan S. und unmittelbar gegen den Geklagten nicht begründet worden. Es erübrigt daher nur das Verhältniss zwischen Stefan S., so wie es Geklagter darstellt, in rechtlicher Beziehung zu prüfen, und dieses führt zur Erörterung der dritten oben aufgestellten Fragen. Stefan S. behauptet, den Wechsel ddto. 27. März 1891 per 600 fl. von Adolf S. als Prolongationswechsel für einen verfallenen Wechsel erhalten zu haben. Die Acceptirung eines solchen Wechsels und die Hingabe desselben an den Aussteller ist zweifelsohne ein Vertrag im Sinne des § 30 Abs. 4 AG und zwar dann, wenn der frühere Wechsel auf einem entgeltlichen Geschäfte beruhte, ein entgeltlicher Vertrag. Dieses trifft auf den fraglichen Wechsel des Adolf S. vollkommen zu. Nach den obigen Anführungen des Geklagten hatte Stefan S. auf Grund einer Berechnung eine Forderung von über 600 fl., worüber ihm Adolf S. ein Wechselaccept gab, welches später durch Ausstellung eines neuen Wechsels noch zweimal prolongirt wurde. Die Unterfertigung des Wechsels ddto. 27. März 1891 fällt daher bezüglich der Qualität der Rechtshandlung genau unter die Bestimmung des § 30 Abs. 4 des AG. Dagegen fällt dieselbe nicht unter die weitere Bestimmung dieser Gesetzesstelle, wornach zur Anfechtung eines entgeltlichen Vertrages noch gefordert wird, dass durch den Abschluss des Vertrages die Gläubiger benachtheiligt werden. Aus den Anführungen des Geklagten geht nämlich hervor, dass die Acceptirung des neuen Wechsels ddto. 27. März 1891 nur den Zweck hatte, eine neue wechselrechtliche Grundlage für das schon bestandene Schuldverhältniss zu bilden. Da nun Stefan S. schon zu jener Zeit in der Lage war, seinen Anspruch gegen Adolf S., sei es nun im Wege der Wechselklage oder der Bereicherung gerichtlich geltend zu machen, so kann doch wohl offenbar nicht die Rede davon sein, dass dadadurch, dass die sofort mögliche Realisirung des Anspruches noch auf weitere 6 Monate verlängert wurde, die Gläubiger geschädigt wurden. Der nach § 30 Abs. 4 AG dem nahen Verwandten obliegende fernere Beweis, dass demselben die Schädigungsabsicht des Schuldners nicht bekannt war, ist daher im concreten Falle, weil schon das frühere Erforderniss der Schädigung der Gläubiger nicht angenommen werden kann, überflüssig. Nach diesen Anführungen obliegt daher dem Geklagten nichts weiter, als nachzuweisen, dass die Ausstellung ddto. 27. März 1891 so zustande gekommen ist, wie er behauptet, und dass er den Wechsel in der von ihm angegebenen Weise erhalten hat. Letzteres ist deshalb nothwendig, weil hiermit klar dargethan wird, dass Geklagter nicht unmittelbarer Vertragsgenosse des Adolf S. bei Ausstellung des Wechsels war

und die Empfangnahme des Wechsels seinerseits nicht unmittelbar den Bestimmungen des § 30 AG unterworfen ist. Geklagter hat über diese zwei rechtlich relevanten Thatsachen den Beweis durch den Haupteid, abzuschwören von dem freiwilligen Vertragsleister Stefan S., dem er die Führung des Processes überlassen hat, angeboten. Da Kläger diese Eide zurückgeschoben hat, so war die Entscheidung von der Ablegung der zurückgeschobenen Eide (§ 37 Summ.-Pat.), welche von dem freiwilligen Vertretungsleister Stefan S. abzulegen sind, abhängig zu machen. Stellt der Geklagte den Beweis über die oben als relevant erklärten Behauptungen nicht her, dann muss die Acceptirung des Wechsels und Hingabe desselben an Stefan S. oder Eduard S. als eine unentgeltliche Verfügung des Adolf S. betrachtet werden, welche der Anfechtung durch den Kläger nach § 30 Abs. 1 AG unterliegen würde, weshalb der Klage bei dieser Eventualität stattzugeben war. Werden jedoch die Beweise hergestellt, dann ist erwiesen, dass die Acceptirung und Hingabe des Wechsels an Stefan S. ein entgeltlicher Vertrag war, und dass eine Schädigung der Gläubiger hierdurch nicht eingetreten ist, und dass Geklagter formell nur als Rechtsnachfolger des Stefan S. aufgetreten ist, weshalb die Anfechtung in diesem Falle ausgeschlossen wäre. Der Klagsanspruch wäre daher unbegründet und war für diesen Fall abzuweisen.

Ueber Appellation des Klägers hat die II. J. der Klage unbedingt stattgegeben.

Gründe:

Nicht Stefan S., sondern der Geklagte Eduard S. hat den Wechsel ddto. 27. März 1891 gegen den Schuldner Adolf S. eingeklagt und auf Grund des hierüber erlassenen Zahlungsauftrages das Pfandrecht auf die Mobilien des Schuldners erwirkt; Eduard S. wird daher mit der gegenwärtigen Klage belangt und nur ihm gegenüber hat der Kläger die gesetzlichen Voraussetzungen des von ihm geltend gemachten Anfechtungsrechtes zu erweisen. Die Person des Stefan S kommt nicht in Betracht und dessen Verhältniss zum Schuldner kann nicht der Gegenstand der Erörterung im gegenwärtigen Processe sein, weil dem Kläger gegen Stefan S., der den obigen Wechsel weder eingeklagt noch exequirt hat, ein Klagerecht gar nicht zusteht. Der Geklagte Eduard S. hat sich, wie der vorliegende Wechsel Nr. 3 ausweist, denselben ohne jede Einschränkung giriren lassen, er hat auf Grund dieses Wechsels den Zahlungsauftrag und die Execution auf die Mobilien des Schuldners erwirkt, ohne sich als Bevollmächtigten des Stefan S. zu bezeichnen, wie dies durch das Pfändungsprotocoll lit. C nachgewiesen erscheint. Hiernach ist die Behauptung des Geklagten, dass Stefan S. den Wechsel ihm blos zum Incasso und zur eventuellen Einklagung übergab, welche die Grundlage seiner

Vertheidigung bildet, unrichtig und durch die vorliegenden Urkunden widerlegt, da er den Wechsel ohne eine der im Art. 17 WO vorgesehenen Bemerkungen an den Geklagten übertragen hat, dieser hierdurch aber Eigenthümer des Wechsels und sohin Forderungsberechtigter geworden ist, und dem Stefan S. demnach ein Forderungsrecht aus diesem Wechsel und den nachfolgenden Schritten des Geklagten gar nicht zusteht. Ob aber Stefan S. aus der in den obigen Behauptungen enthaltenen Thatsache an den Geklagten eine Forderung zu stellen hat, kann den Kläger nicht berühren, da er sich nach § 31 Abs. 1 des Gesetzes vom 16. März 1884, JGS Nr. 36, nur an den durch die angefochtenen Rechtshandlungen Begünstigten halten kann, und dieser vorliegend der Geklagte ist, der die Wechselforderung im eigenen Namen exequirt hat. Nach dieser Gesetzesstelle ist nämlich die Anfechtung nicht nur gegen den Vertragsgenossen des Schuldners, sondern auch gegen Denjenigen zulässig, welcher durch die Rechtshandlung sichergestellt, befriedigt und begünstigt wurde; da nun der Geklagte durch die executive Pfändung des Mobilarvermögens des Schuldners direct sichergestellt wurde, so kann es keinem Zweifel unterliegen, dass die Anfechtung gegen ihn zulässig sei, wodurch die Anwendung der Bestimmung des dritten Absatzes dieses Paragraphen ausgeschlossen erscheint. Es kommt also die Frage, ob das Rechtsverhältniss zwischen Stefan S. und dem Schuldner anfechtbar sei, hier umsoweniger in Betracht, als dem Ersteren nach den vorliegenden Urkunden eine Forderung gegen den Schuldner gar nicht zusteht, und entfällt die Erörterung der dieses Rechtsverhältniss betreffenden Thatsachen. Da nun der Geklagte weiter zugesteht, dass er dem Schuldner für den Wechsel vom 27. März 1891 keine Valuta gegeben habe, die Acceptation des Wechsels seitens des Schuldners dem Geklagten gegenüber sich daher als eine unentgeltliche Verfügung des ersteren darstellt, auf welche mit Rücksicht auf den Zeitpunkt der Acceptation dieses Wechsels die Bestimmung des § 30 Z. 1 des citirten Gesetzes Anwendung findet, und auch die im § 33 des erwähnten Gesetzes vorgesehene Voraussetzung, wie dies in den erstrichterlichen Gründen der Sachlage entsprechend dargestellt wurde, zutrifft, erscheint der Anfechtungsanspruch des Klägers im Gesetze begründet, und ist sohin in Abänderung des angefochtenen U. unbedingt nach dem Klagebegehren zu erkennen.

Ueber die Revisionsbeschwerde des Geklagten hat der OGH das obergerichtliche U. mit Verweisung auf dessen richtige, durch die Ausführungen der Revisionsbeschwerde nicht widerlegte Entscheidungsgründe und in der Erwägung bestätigt, dass es in diesem Stritte einzig auf die Handlungen des Geklagten, nämlich die durch ihn im eigenen Namen vorgenommene Einklagung des angefochtenen Wechsels und die von ihm erwirkte Pfändung der Mobilien des Adolf S. ankommen kann, das zwischen Stefan S. und dem Geklagten angeblich bestandene, aus dem Wechsel

nicht ersichtliche Vollmachtsverhältniss aber, nachdem in keiner Weise dargethan wird, dass es dem Kläger bekannt geworden ist, gemäss § 1017 ABG auf die Rechte des letzteren keinen Einfluss üben kann.

2902.

Unterlassung der Vergebührung von Schlusszetteln seitens des Rechtsfreundes, welche demselben für einen Process zur allfälligen Verwendung in Abschrift übergeben wurden.

E. v. 12. October 1892, Z. 10681. — (JB 51 ex 92, Seite 611.)

A hat den Advocaten Dr. B. mit seiner Vertretung bei Führung eines Processes gegen die Firma C. pcto. 200 Pfd. St. betraut. Dr. B. hat die ordnungsmässige Führung dieses Processes übernommen und den A in allen drei Instanzen vertreten. Als Beweismittel in diesem Processe wurden dem Dr. B. seitens des A zwei Schlusszettel, enthaltend Kaufschlüsse über Baumwolle, zur Verfügung gestellt, und Dr. B. hat von diesen beiden Schlusszetteln auch wirklich gerichtlichen Gebrauch gemacht, jedoch dieselben nicht vorher zur Gebührenbemessung angezeigt. Die Folge davon war, dass A notionirt und ihm statt der einfachen Gebühr per 123·45 fl. die dreifache Steigerung derselben per 370·35 fl. vorgeschrieben wurde. Nachdem die dagegen eingebrachten Gebührenrecurse von der Finanzlandesdirection und auch vom Finanzministerium abgewiesen worden waren, hat A den Betrag per 370·35 fl. am 21. Jänner 1890 wirklich bezahlt. Nun behauptete A, er sei durch ein offenbares Verschulden des Dr. B. insoferne geschädigt worden, als er statt der zu entrichtenden einfachen Gebühr per 123·45 fl. dreimal so viel, also um 246·90 fl. mehr bezahlen musste, als er bei correctem Vorgehen des Dr B. hätte zahlen müssen, und verlangte daher von Dr. B. die Rückvergütung dieses bezahlten Mehrbetrages per 246·90 fl.

Die I. J. hat den Geklagten nur zur Zahlung der Hälfte des eingeklagten Betrages verurtheilt, mit dem Mehrbetrage dagegen den Kläger abgewiesen. Nach Darstellung des Sachverhaltes im Wesentlichen sagen die

Gründe:

Der Geklagte widerspricht, dass ihn irgend ein Verschulden treffe und verweigert daher jede Zahlung. Die fraglichen zwei Schlusszettel sind als Urkunden im Sinne des § 1 Abs. 3 und Tarifpost 49 GG über die zwischen dem Kläger und der Firma D. durch Vermittlung der Firma C abgeschlossenen Käufe von Baumwolle anzusehen, sie unterliegen in Gemässheit der Tarifpost 65 A a des Gesetzes vom 13. December 1862, RGB Nr. 89, der Gebühr nach Scala III sammt Zuschlag. Im Sinne der Tarifpost 60, Abs. 4 des GG und § 9 des Gesetzes vom 29. Februar 1864,

RGB Nr. 20, wurde diese Gebührenpflicht jedoch erst durch den im Processe wider die Firma C. pcto. 200 Pfd. St. gemachten gerichtlichen Gebrauch der beiden Schlusszettel begründet und hätte bei Vermeidung der im § 79 Z. 3 GG bestimmten nachtheiligen Folgen noch vor dem gerichtlichen Gebrauche der Gebührenpflicht auf die in den §§ 4 Z. 3 und 5 lit. b der FMV vom 28. März 1854, RGB Nr. 70, respective im § 6 des Gesetzes vom 13. December 1862, RGB Nr. 89, vorgeschriebene Art entsprochen werden sollen. Bei E. der vorliegenden Streitsache handelt es sich hauptsächlich um die Beantwortung der Frage, wen die Folgen der unterlassenen Vergebührung der beiden Schlusszettel treffen, wer die Steigerung der Gebühr per 246·90 fl. zu tragen hat, da jeder der beiden Streittheile die ganze Verantwortung hiefür dem anderen Theile aufbürden will. Nach § 2 ABG kann sich mit der Unkenntniss gesetzlicher Bestimmungen Niemand entschuldigen, und muss daher die Kenntniss der obigen gesetzlichen Bestimmungen auch beim Kläger vorausgesetzt werden, umsomehr als der Kläger der nicht widersprochenen Behauptung des Geklagten zufolge Besitzer mehrerer grossen Fabriken und Inhaber einer grossen Firma ist, daher schon mit Rücksicht hierauf in seinem eigensten Interesse sich mit allen auf Handelssachen Bezug habenden Vorschriften und insbesondere mit den diesfälligen Gebührenvorschriften hätte vertraut machen sollen. Kläger behauptet, er habe die beiden Schlusszettel dem Geklagten zur eventuellen Verwendung als Beweismittel im Processe wider die Firma C zur Verfügung gestellt; der Kläger hätte im Vorhinein mit der Eventualität zu rechnen gehabt, dass der Geklagte von beiden Schlusszetteln wirklich gerichtlichen Gebrauch machen, und dass dadurch die Gebührenpflicht begründet werde, der Kläger hätte deshalb entweder den Geklagten ausdrücklich darauf aufmerksam machen sollen, dass die beiden Schlusszettel noch nicht zur Gebührenbemessung angezeigt worden seien, oder er hätte sich mindestens vergewissern sollen, ob seitens des Geklagten im Laufe des Processes von den Schlusszetteln ein gerichtlicher Gebrauch gemacht werde, um für diesen Fall auch die Anzeige zur Gebührenbemessung zu veranlassen. Aus den Angaben des Klägers geht jedoch hervor, dass Kläger weder das Eine, noch das Andere gethan, sondern sich diesfalls vollkommen auf den Geklagten, als seinen Rechtsfreund, verlassen hat. In Gemässheit des FME vom 30. Mai 1850, RGB Nr. 214, kann die Anzeige zur Gebührenbemessung durch Vorlage der Originalurkunden oder durch Vorlage von amtlich beglaubigten Abschriften dieser Urkunden geschehen; der Geklagte konnte daher von vonherein lediglich in Folge des Mangels einer diesfälligen Clausel auf der Urkunde nicht wissen, ob eine solche Anzeige überhaupt gemacht worden sei. Nach § 1299 ABG und § 9 des Ges. vom 6. Juli 1868, RGB Nr. 96, wird es dem Advocaten zur Pflicht gemacht, die Rechte seiner Partei gegen Jedermann bei eigener Verantwortung für ein Versehen zu vertreten, und

ist darin gewiss auch die Verpflichtung inbegriffen, alles Nothwendige vorzukehren, damit die den Rechtsbeistand in Anspruch nehmende Partei nicht etwa durch die Nichterfüllung einer ganz bestimmten gesetzlichen Vorschrift Schaden erleide. Es wäre daher, insbesondere mit Rücksicht auf den Umstand, dass die Gebührenpflicht überhaupt erst dann existent wurde, als von den beiden Schlusszetteln gerichtlicher Gebrauch gemacht worden ist, Pflicht des Geklagten gewesen, sich beim Kläger anzufragen, ob die Schlusszettel zur Gebührenbemessung angezeigt worden seien, und diese Pflicht, deren Erfüllung dem Geklagten ohne alle Schwierigkeiten möglich gewesen wäre, und zu deren Erfüllung er auch, wie sich aus den Acten ergibt, Monate lang Zeit gehabt hätte, da die Einlegung der beiden Schlusszettel erst bei der Inrotulirung der Acten im Processe wider die Firma C erfolgte, hat der Geklagte verletzt und muss deshalb als an dem erwachsenen Schaden mitschuldtragend angesehen werden. In Erwägung aller dieser Umstände musste sowohl der Kläger als auch der Geklagte ganz gleichmässig an der Steigerung der obigen Gebühr als schuldtragend angesehen werden. Der Schaden wurde daher gemäss § 1304 ABG getheilt, und der Geklagte demnach zur Zahlung der Hälfte des eingeklagten Betrages verurtheilt.

Ueber Appellation beider Theile hat das OLG das erstrichterliche U. „aus dessen der Sachlage und dem Gesetze entsprechenden Gründen, welche durch die Ausführungen der beiderseitigen Appellationsbeschwerden nicht widerlegt erscheinen“, bestätigt.

Die a. o. Revisionsbeschwerde des Klägers hat der OGH zu verwerfen befunden, weil eine Partei nicht schon in jedem Falle durch die Ertheilung einer Information an den Rechtsfreund von der Nichtverantwortung befreit wird; weil Kläger, insoferne es die Stempel- und Gebührengesetze betrifft, mit deren Nichtkenntniss gegenüber den Finanzbehörden sich nicht vertheidigen kann; weil es sich in diesem Falle nicht eigentlich um eine Ausserachtlassung der dem Geklagten obliegenden Vertretungspflichten handelt; weil nach § 64 Z. 1 b und § 79 Z. 3 GG dem Kläger oblag, die Anzeige zu erstatten, wenn er beabsichtigte, von den fraglichen bedingt steuerpflichtigen Schlusscheinen einen gerichtlichen, die Stempelpflicht nach sich ziehenden Gebrauch zu machen; weil er im Falle der Unterlassung hauptsächlich, der Rechtsfreund nur subsidiarisch haftet, wie denn auch die E. der Finanzbehörden in diesem Sinne ergangen sind; weil demnach, wenn beide Instanzen darin, dass er und zwar nur eine Abschrift dieser Behelfe dem Geklagten zur allfälligen Benützung in dem wider ihn anhängigen Processe übergab, ohne die Anzeige zu erstatten und dem Geklagten das Sachverhältniss mitzutheilen und ihm weitere diesbezügliche Weisungen zu ertheilen, darin ein Versehen seinerseits gelegen fanden und demzufolge auch den Kläger zur Tragung des resultirenden Schadens, und zwar bei dem Umstande, als ein anderer

Theilungsmodus sich nicht wohl begründen lässt, zu gleichen Theilen verhielten, eine nach Hofd. vom 15. Februar 1833, Nr. 2593, zur Abänderung dieser U. erforderliche offenbare Ungerechtigkeit nicht zu erkennen ist.

2903 u. 2904.

Der Ausdruck „Reinertrag" einer kaufmännischen Bilanz ist nicht blos ein juristischer Begriff, sondern eine positive Thatsache.

Theilw. Cassations-E. v. 4. Februar 1892, Z. 1067. — (Przegl. V ex 93, Seite 131.)

I. KG Przemysl.
II. OLG Lemberg.

Dem a. o. Revisionsrecurse des A in seinem Stritte wider die Firma B pcto. Zahlung von 2065 fl. s. N.-G. gegen die in beiden Unterinstanzen erfolgte Abweisung mit dem Ansuchen um den Auftrag an die B zur Vorlage der Handlungsbücher gab der OGH theilweise dahin statt, dass der Firma B aufgetragen wird, an dem seitens des Erstrichters zu bestimmenden Termin die ihre Bilanzen für die Zeit vom Jahre 1879 bis zum Jahre 1887 inclusive ausweisenden Handlungsbücher um so gewisser vorzulegen, als im gegentheiligen Falle gemäss Art. 37 HG angenommen würde, dass die erwähnten Bilanzen im besagten Zeitraume von neun Jahren einen Reinertrag im Gesammtbelaufe von 206.519·74 fl. ausgewiesen haben und zwar aus folgenden den Sachverhalt einschliessenden

Gründen:

A stützt sein Klagebegehren auf nachstehende zwei Thatsachen: 1. dass er als Rechtsnachfolger seines verstorbenen Vaters Eigenthümer eines Hundertstels der im Handelsregister protocollirten und unter der belangten Firma betriebenen Dampfmühle X und mithin zum Bezuge einer seinem Antheile adäquaten Theilquote des Reinertrages dieses Unternehmens für den bezeichneten Zeitraum von neun Jahren befugt sei, und 2. dass dieses Unternehmen innerhalb dieses Zeitraumes die obbezifferten Reinerträge per Jahr im angegebenen Gesammtbelaufe von 206.519·74 fl. abgeworfen habe, wovon die auf seinen Antheil jeweilig entfallende Theilsumme die Klagsforderung darstelle. Zum Beweise dessen berief sich A auf die Handlungsbücher der Gegenseite und stellte diesfalls das entsprechende Begehren auf Vorlage derselben in Gemässheit des Art. 30 HG, indem er das Beweisthema dahin formulirte, dass die Jahresbilanzen der belangten Firma während des besagten neunjährigen Zeitraumes einen Reinertrag im angegebenen Gesammtbelaufe ausgewiesen haben, welcher in den auf ein jedes Betriebsjahr entfallenden Theilquoten zur Vertheilung gelangte; demgemäss suchte er speciell um die Vorlage jener Handelsbücher an, in denen die Jahresbilanzen für die benannte Zeitperiode ersichtlich gemacht sind. Die Unterinstanzen erachteten das Gesuch deshalb

abzuweisen, weil das obformulirte Beweisthema keinen deutlich umschriebenen Inhalt der vorzulegenden Handlungsbücher, sondern nur Folgerungen aus einem angeblich nicht bezeichneten Inhalte involvire, insbesondere aber der Ausdruck „Reinertrag" keine Thatsache im Sinne des § 170 wg. GO, sondern blos das Ergebniss einer ganzen Reihe von Thatsachen, daher einen „juristischen Begriff" bedeute. Diese Auffassung muss jedoch als irrig bezeichnet werden. Art. 29 HBG verpflichtet den Kaufmann, in jedem Betriebsjahre einen das Verhältniss des Vermögens und der Schulden darstellenden Abschluss zu machen, das ist eine Bilanz seines Vermögens anzufertigen und nach Art. 30 ib. soll jede Bilanz vom Kaufmann und bei Handelsgesellschaften von allen persönlich haftenden Gesellschaftern unterschrieben und entweder in das hinzu bestimmte Buch eingetragen oder jeweilig abgesondert errichtet werden. Angesichts dessen kann es keinem Zweifel unterliegen, dass die urkundliche Anfertigung einer kaufmännischen Bilanz ebenso wie jede andere Eintragung in das Handlungsbuch nicht als ein blos juristischer Begriff, sondern als eine positive Thatsache erscheint, welche durch die errichtete Urkunde oder das betreffende Buch dargethan werden kann. Und da auch die Bilanz einen im Gesetze genau vorgeschriebenen Inhalt haben muss, so ist es klar, dass, sobald der Kläger behufs Darthuung seiner Forderung gerade auf diesen Inhalt der Bilanzbücher der Gegnerin sich beruft, von der Inhaltlosigkeit des obformulirten Beweisthemas keine Rede sein kann. Wenn sohin weiters erwogen wird, dass das Begehren um Vorlage der Handlungsbücher innerhalb der vorgeschriebenen Zeitfrist, nämlich schon nach Einbringung der Einrede in der Hauptsache eingebracht wurde, dass in der Einrede die Richtigkeit der unter 2) vorgebrachten Thatsache zur Gänze in Abrede gestellt wird, dass auf die Frage, ob das Klagebegehren begründet ist oder nicht, bei E. des Begehrens um Vorlage der Bücher kein Bedacht zu nehmen ist, die Belangte übrigens nicht widersprach, Bilanzbücher überhaupt, namentlich aber solche aus den Jahren 1879 und 1880 zu besitzen, so ergibt sich, dass die E. der Untergerichte im Punkte der Zurückweisung des Begehrens um Vorlage der Handlungsbücher eine offenbare Ungerechtigkeit statuiren, mithin in Gemässheit des Hofd. vom 15. Februar 1833, JGS Nr. 2593, wie oben abgeändert werden mussten.

II.

Cassations-E. v. 12. October 1892, Z. 11777. — (Ibid. Seite 134.)

In Folge der sub I erflossenen E. des OGH ordnete der Erstrichter eine Tagsatzung zur Vorlegung der Handlungsbücher seitens der B an, B hat jedoch an dem bestimmten Termin die Handlungsbücher nicht vorgelegt, und die I. J. gab dem Begehren der B um Erstreckung der Tagfahrt behufs dieser Vorlegung keine Folge, welche E. auch seitens der II. J. bestätigt wurde.

Der OGH änderte jedoch die E. der Untergerichte dahin ab, dass die I. J. behufs Vorlegung der Handlungsbücher seitens der B in Gemässheit der oberstgerichtlichen E. vom 4. Februar 1892, Z. 1067, eine neuerliche Tagfahrt anzuordnen habe, dies in der Erwägung, dass es sich im vorliegenden Falle nicht um eine Tagfahrtserstreckung nach § 6, sondern um eine solche nach § 13 der Proc.-Nov. handelt, betreff deren die Processparteien bei der Tagfahrt vom 17. Mai 1892 einander widerstreitende Anträge gestellt haben. Diese Anträge waren mithin in Gemässheit der obberufenen Vorschrift ohne Verzug dem Gerichtsbeschlusse zu unterziehen und dieser sofort den Parteien zu verkünden, was jedoch nicht geschah. Die E. der Untergerichte waren daher als gesetzwidrig und aufliegend ungerecht nach Hofd. vom 15. Februar 1833, JGS Nr. 2593, in obiger Weise abzuändern.

2905.

Zur E. über die Annahme einer Nichtigkeitsbeschwerde gegen gleichlautende E. der Untergerichte im Summarverfahren ist nur der OGH competent.

E. v. 12. October 1892, Z. 12437. — (Przegl. V ex 93, Seite 5.)

I. st.-del. BG Lemberg II. S.
II. OLG Lemberg.

Eine von der I. J. dem Oberrichter vorgelegte Nichtigkeitsbeschwerde gegen gleichlautende E. in einem Summarstritte wies Letzterer deshalb zurück, weil in der als Nichtigkeitsbeschwerde bezeichneten Eingabe kein Umstand angegeben erscheint, welcher als Nichtigkeitsgrund angesehen werden könnte, dieselbe vielmehr ihrem Inhalte nach als eine a. o., im Summarverfahren unstatthafte Revision sich darstellt, weil ferner die Bezeichnung der Eingabe seitens der Partei in Betreff der Zulässigkeit ihrer Einbringung nicht entscheidet und daher schon die I. J. diese Eingabe in Befolg des § 51 Summ.-Pat. hätte abweisen sollen.

Ueber Recurs des Nichtigkeitswerbers erkannte jedoch der OGH, dass zur E. der Frage, ob eine im Summarverfahren gegen zwei gleichlautende E. eingebrachte Nichtigkeitsbeschwerde gerechtfertigt sei, nur der OGH berufen sei, mithin der Oberrichter unzuständiger Weise in die E. eines gegen sein eigenes E. gerichteten Rechtsmittels sich einliess, verwarf jedoch unter Einem diese Nichtigkeitsbeschwerde, weil in derselben keineswegs dargethan wird, dass in den E. der Untergerichte irgend welche Förmlichkeitsgebrechen unterlaufen sind, welche nach dem Gesetze die Nichtigkeit derselben herbeiführen müssten, der Kläger vielmehr dieselben lediglich aus Gründen bekämpft, welche die Legitimation zur Sache berühren, wornach diese Beschwerde im Wesentlichen sich als eine

a. o. Revision darstellt, die nach § 51 Summ.-Pat. unstatthaft und von Amtswegen zu verwerfen ist.

2906.

Die Sequestration im Sinne des § 127 kais. Pat. vom 9. August 1854, RGB Nr. 208, ist ohne Nachweis eines Schadens oder einer Gefahr statthaft, auch wenn die zu sequestrirende Realitätenhälfte de facto vom Eigenthümer der anderen Hälfte verwaltet wird und trotzdem dieser Verwalter selbst gesetzlicher Erbe ist.

E. v. 12. October 1892, Z. 12018. — (JB 10 ex 93, Seite 119.)

Die gesetzlichen Erben nach der am 6. August 1890 mit Hinterlassung eines schriftlichen Testamentes verstorbenen Anna H., aus deren letztwilligen Anordnung sich der erblasserische Gatte F. H. erbserklärt hatte, fochten dieses Testament mittelst Klage an und überreichten ein Gesuch um Bewilligung der gerichtlichen Sequestration der in den Nachlass der Anna H. gehörigen Hälfte des Hauses Nr. 153 in P. und um Einführung des K. U. als Sequester, dies auf Grund des § 127 des Abh.-Pat.

Das BG in P. bewilligte nun nach Zulass des § 127, V. a. St., die gerichtliche Sequestration des Nachlasses der Anna H., bestehend in der der Erblasserin gehörig gewesenen Hälfte des Hauses Nr. 153 in P., bestellte als Sequester den K. U. und verordnete dessen Einführung.

Gegen diesen B. ergriff nun F. H., der Gatte der Erblasserin, welchem zugleich die zweite Hälfte der Nachlassrealität Nr. 153 in P. gehört, der die in den Nachlass der Anna H. gehörige Hauseshälfte de facto verwaltete und der als Gatte der Erblasserin zugleich gesetzlicher Erbe derselben und zwar zu einem Viertel war, den Recurs und führte zunächst in formali aus, dass es unzulässig sei, die Sequestration zu bewilligen und sofort die Person des Sequesters zu bestimmen, ohne auch nur den Gegentheil zu hören, und dies umsomehr, als doch im vorliegenden Falle der Erblasser fünf Achtel der betreffenden Realität suo jure zu verwalten berechtigt ist. In merito müsse auf den § 833 ABG Rücksicht genommen und doch zum Mindesten geprüft werden, ob die allgemeinen Voraussetzungen der Sequestration gemäss § 293 AGO vorhanden seien.

Die II. J. hat diesem Recurse stattzugeben und der I. J. zu verordnen befunden, dieselbe habe vorerst eine Tagsatzung zur Einvernahme des F. H. unter Vorladung beider Theile anzuordnen und erst nach dieser Einvernahme über das angeführte Gesuch zu entscheiden, weil es mit Rücksicht auf die beiderseits obwaltenden Interessen nicht zulässig erscheint, ohne Anhörung des Gegentheiles über das Sequestrationsgesuch sofort zu erkennen.

Nach Einvernahme sämmtlicher Interessenten hat die I. J. die Sequestration abermals bewilligt.

Ueber neuerlichen Recurs des F. H. gegen diesen B. hat die II. J. den angefochtenen B. abzuändern und das Begehren der Gesuchsteller abzuweisen befunden, weil dem erblasserischen Ehegatten F. H., welcher Eigenthümer einer idealen Hälfte des Hauses Nr. 153 in P. ist und selbst in dem Falle, dass die Abhandlung der Verlassenschaft nach A. H. auf Grund der gesetzlichen Erbfolge durchgeführt werden sollte, nach § 758 ABG im Erbwege noch Anspruch auf ein Achtel dieses Hauses zu erheben berechtigt erscheint, gegen seinen Willen nach §§ 833 und 836 ABG ein fremder Verwalter der zweiten Hälfte des bezeichneten Hauses nicht aufgedrungen werden kann, woraus folgt, dass die Vorschrift des § 127, V. a. St., auf dessen Grund die Sequestration begehrt wird, hier keine Anwendung findet.

Der OGH hat nun dem o. Revisionsrecurse der Sequestrationswerber stattgegeben, die angefochtene obergerichtliche E. abzuändern, den B. der I. J. wieder herzustellen und derselben die weitere Amtshandlung aufzutragen befunden, dies in der Erwägung, dass der Umstand, dass blos die Hälfte des Hauses Nr. 153 in P. in den Nachlass der Anna H. gehört, die andere Hälfte aber Eigenthum des Geklagten ist, den auf den Rechtsweg gewiesenen Erben nicht das Recht benehmen kann, die Sequestration des Nachlasses im Sinne des § 127 des Abh.-Pat. zu begehren, und dass bei dem Umstande, als dem F. H. die Verwaltung des Nachlasses vom Gerichte nicht eingeräumt wurde, gar kein Anstand vorliegt, die Sequestration des Nachlasses auch ohne Nachweis einer Gefahr oder eines möglichen Schadens zu bewilligen.

2907.

Vorzeitige Lösung des Dienstverhältnisses zwischen dem Firmainhaber und dem Handlungsbevollmächtigten wegen erheblicher Ehrenbeleidigungen des Letzteren gegen den Principal.

E. v. 12. October 1892, Z. 14512. — (GH 49 ex 92, Seite 414.)

A begehrte von der Firma B und C die Bezahlung des aus dem zwischen dem Kläger und ihr geschlossenen Lohnvertrage entspringenden Gehaltes für den Monat December 1890 per 120 fl.

Die I. J. hat die Klage abgewiesen.

Gründe:

In dem vorliegenden Rechtsstreite handelt es sich lediglich darum, ob die geklagte Firma mit Berechtigung am 1. December 1890 die sofortige Aufhebung des Dienstverhältnisses gegen den Kläger als Vertreter ihrer Filiale in X ausgesprochen hat. Der Kläger führt selbst an, dass die ge-

klagte Firma mit Schreiben vom 31. October 1890 ihm seine Stellung als Vertreter der X'schen Filiale gemäss der contractlich vereinbarten Kündigungsfrist dreimonatlich per 1. Februar 1891 aufgekündigt hat. Durch die einstimmige Aussage der unbedenklichen Zeugen D und E wird nach § 137 AGO erwiesen, dass am 20. November 1890 Abends im Bureau der X'schen Filiale der geklagten Firma der in Aufregung befindliche Kläger über diese Firma äusserte: Die Herren könnten ihm vom Buckel hinunterrutschen; ferner erklärte, er werde sich hüten, irgendwelche belehrende Mittheilungen dem Personale zu machen, die geklagte Firma nütze das Personale nur aus, um es dann an die Luft zu setzen; weiter dem Buchhalter D sagte, dass er ebenso hinausfliegen werde, nachdem man ihn ausgenützt haben werde; und auf den Vorhalt des D, dass er (Kläger) keinen Grund habe, über die Firma so zu sprechen, da er immer eine besondere Bevorzugung genossen habe, antwortete: Erst kommt man mit Höflichkeit und Schlauheit, und was man damit nicht erreichen kann, versucht man mit Grobheit und Brutalität; dass er am 30. November 1890, einem Sonntage gegen 1 Uhr Nachmittags, im Comptoir der Kläger sich äusserte: In Zukunft wird an Sonntagen Nachmittags nicht gearbeitet werden und wird an Wochentagen pünktlich Mittags um 12 Uhr und Abends um 8 Uhr geschlossen werden; dann auf die Entgegnung des D, dass, wenn sie bis 12 oder 8 Uhr nicht fertig werden, sie noch weiter arbeiten müssen, da das Tagewerk nicht früher beendet werden dürfe, bevor nicht alle Arbeiten des laufenden Tages erledigt seien, weiter äusserte: Es ist ganz gleichgiltig, ob die Arbeiten fertig sind oder nicht; was bis 8 Uhr Abends nicht fertig ist, muss bis zum nächsten Tage liegen bleiben, dass D den Kläger ersuchte, die angefangenen Frachtkarten fertig berechnen zu dürfen, dass er sich hiebei auf die ihm von dem Procuristen der geklagten Firma ertheilte Erlaubniss berief, so lange im Bureau arbeiten zu können, als er wolle, dass der Kläger hierauf antwortete: Hier bin ich Herr, ich bestimme die Bureaustunden, wenn Ihnen das nicht passt, so machen Sie, dass Sie herauskommen, Sie gemeiner Kerl, Schmarotzerpflanze, wenn Sie nach Abessynien verpflanzt werden sollten, würde dort die Pest ausbrechen. Schon hiernach, abgesehen von den weiteren von der Geklagten angeführten Umständen, ist klar, dass der Kläger als Handlungsgehilfe der Geklagten sich erheblicher Ehrverletzungen gegen den Principal schuldig machte und im Dienste das Vertrauen missbrauchte. Es konnte bei diesem Auftreten des Klägers nach Art. 64, HGB Z. 5 und 2, mit Recht am 1. December 1890 die Aufhebung des Dienstverhältnisses gegen den Kläger von der Geklagten ausgesprochen werden, daher das auf Zahlung des Gehaltes für den Monat December 1890 per 120 fl. gerichtete klägerische Begehren abzuweisen ist.

Ueber Appellation des Klägers hat die II. J. dem Klagebegehren stattgegeben.

Gründe:

Das OLG vermochte der E. der I. J. und den Gründen zu dieser E. in keiner Weise beizupflichten, und zwar auf Grund nachstehender Erwägungen: Der erste Richter hält die in den Gründen angeführten Umstände durch die Aussage der beiden Zeugen D und E nach § 137 AGO als bewiesen und erklärt diese beiden Zeugen als unbedenklich. Dieser Ausspruch ist schon aus dem Grunde unrichtig, weil, wenn den Zeugen E auch kein anderer Grund bedenklich machen würde, derselbe schon wegen seines Alters unter 20 Jahren vom Gesetze selbst nach § 142 lit. e. AGO für bedenklich erklärt wird. Eine wesentlich andere Ansicht als der erste Richter hat das OLG auf Grund der sorgfältigen Prüfung des Actenmaterials von dem Zeugen D gewonnen; und ohne erst alle Momente hervorheben zu wollen, welche darthun würden, welche Rolle dieser Zeuge in dem Verhältnisse zwischen dem Kläger und der geklagten Firma gespielt hat, dürfte es hier genügen, darauf Bedacht zu nehmen, was dieser Zeuge selbst bei seiner Einvernahme angeführt hat. Auf dem zweiten Bogen, vierte Seite dieser Zeugeneinvernahme sagte der Zeuge, um seine Aussage als genau erscheinen zu lassen, er wisse die Worte genau, weil er sich die Aeusserung des A damals gleich notirt habe. Mit vollem Grunde konnte daher Kläger diesem Zeugen gegenüber einwenden, dass bei ihm ein feindliches Verhältniss besteht, wenn auch der Kläger selbst, wie er es motivirte, in Ermanglung anderer Zeugen nothgedrungen sich auf dieselben Zeugen wie die geklagte Firma berufen musste. Aber selbst angenommen, es wäre jener Sachverhalt genau so wahr, wie er in den Entscheidungsgründen des ersten Richters als erwiesen angenommen wurde, würde derselbe nicht genügen, um anzuerkennen, dass die geklagte Firma gesetzlich berechtigt war, den Kläger sofort zu entlassen. Der Art. 64 HGB gestattet die Aufhebung des Dienstverhältnisses gegen den Handlungsgehilfen aus wichtigen Gründen. Nachdem sich beide Theile auf diese Gesetzesstelle berufen, will nicht weiter untersucht werden, ob es sich hier um das Verhältniss eines Handlungsgehilfen handelt, und es wird nur hervorgehoben, dass die Beurtheilung der Wichtigkeit der Gründe dem Ermessen des Richters überlassen bleibt. Die geklagte Firma und ihr zustimmend findet der erste Richter in dem als erwiesen angenommenen Thatbestande die Bedingungen des Art. 64, HGB ad 5 und 2, vorhanden. Wenn man das Benehmen des Klägers auch uncorrect und ungebührlich bezeichnen muss, kann in dem als erwiesen angenommenen Thatbestande eine erhebliche Ehrverletzung gegen den Principal in keiner Weise gefunden werden. Die geklagte Firma ist zwar bemüht, jede Handlung des Klägers, die vielleicht als nur tactlos oder unpassend zu bezeichnen wäre, als injuriös zu bezeichnen; dieselbe übersieht, dass aber auch sie gewisse Pflichten und Rücksichten gegen den Kläger nicht hätte ausser Acht lassen sollen, und dass namentlich es Pflicht der Firma war, die gegen

den Kläger angeregte und gewiss die Ehre desselben in berechtigter Weise tangirende Verdächtigung, als ob derselbe die Geschäftsgeheimnisse der geklagten Firma verrathe, in entsprechender Weise zum Austrag zu bringen, mag die Verdächtigung vom Procuristen oder von jemandem Anderen erhoben worden sein, und gerade diese Verdächtigung war es, die die Veranlassung zu den weiteren Zerwürfnissen gegeben zu haben scheint. Der vom ersten Richter als erwiesen angenommene Thatbestand erscheint, soweit es sich um den Angriff auf die Ehre des Principals handelt, nur mehr als Ausdruck des Missmuths eines Beamten, der sich für gekränkt erachtet, es kann aber keine erhebliche Ehrverletzung des Principals darin erkannt werden, abgesehen davon, dass ein Theil der Aeusserungen nur im Zustande der Aufregung gemacht worden ist, und dass auch diese Aufregung nicht ganz im eigenen Verschulden des Klägers zu suchen ist. Was zwischen dem Kläger und dem D vorgefallen ist und insoweit sich Kläger hinreissen liess, Letzteren zu beleidigen, kann die geklagte Firma als eine beleidigende Aeusserung auf sich nicht beziehen. Ungeachtet aller Sorgfalt bei der Prüfung der Acten konnte kein Umstand in dem als erwiesen angenommenen Thatbestande gefunden werden, der unter Art. 64, HGB Z. 2, subsumirbar wäre. Wenn sich auch der Sachverhalt am 30. November 1890 wirklich so zugetragen hätte, wie ihn die geklagte Firma schildert, welche jedoch wieder nur aus der oben schon näher gewürdigten Quelle schöpft, so wäre darin eine Ausseracht-lassung der Dienstesobliegenheit, aber nimmer eine Handlung zu erkennen, die unter den Art. 64, HGB Z. 2, subsumirbar wäre oder die dem dort aufgestellten Aufhebungsgrunde gleichgestellt werden könnte und die der Kläger sich zu Schulden hätte kommen lassen, zumal dem Kläger insoweit vollständig beigepflichtet werden muss, dass beide oben angeführten Zeugen, wenn sie hätten wollen, am 30. November 1890 Nachmittags die Geschäfte auch ganz gut und leicht hätten besorgen können, und es geradezu als eine Entstellung bezeichnet werden muss, wenn D sich darauf beruft, dass er sich für entlassen ansehen musste, nachdem er gerade den Anordnungen des Klägers sich widersetzt und sich auf Weisungen der Firma selbst berufen hat. Der Appellationsbeschwerde des Klägers musste sohin stattgegeben, das erstrichterliche Urtheil abgeändert und nach der Klage erkannt werden.

Ueber die Revisionsbeschwerde der geklagten Firma hat der OGH die E. der I. J. wieder herzustellen befunden, und zwar dies unter Berufung auf die im Wesentlichen dem Gesetze entsprechenden Gründe des ersten Richters, denen nur noch beigefügt wird, dass, wenn auch der Zeuge E wegen seines Alters unter 20 Jahren nach § 142 lit. e. AGO ein bedenklicher Zeuge ist, doch der Umstand, dass der zweite Zeuge D die vom Kläger über die geklagte Firma gemachten ehrenrührigen Aeusserungen sich notirt hatte, zweifellos keinen Grund bilden könne, um hieraus

ein feindseliges Verhältniss ableiten zu können, und es sind daher die Aussagen des ganz unbedenklichen Zeugen D und des bedenklichen (jedoch bereits 19 Jahre alten) Zeugen E gemäss der §§ 137 und 144 AGO allerdings geeignet, um die über die geklagte Firma gemachten Aeusserungen des Klägers als erwiesen halten zu müssen, welche jedoch nicht blos als uncorrect und ungebührlich bezeichnet werden können, sich vielmehr zweifellos als erbebliche Ehrverletzungen gegenüber dem Principal darstellen und die geklagte Firma nach Art. 64, HGB Z. 5, zur Aufhebung des Dienstverhältnisses berechtigt haben.

2908.

Ein Zeuge, der auf Grund seines Geständnisses und anderer Beweismittel des Verbrechens des Betruges, begangen durch das in einer Civilrechtssache abgelegte falsche Zeugniss, schuldig erkannt wurde, fällt als des falschen Eides überwiesen unter die Vorschrift des § 237 AGO.

E. v. 13. October 1892, Z. 10257. — (JMB 835 ex 92, Seite 191.)

In der summarisch verhandelten Rechtssache des A gegen B wegen Bezahlung eines Darlehens von 250 fl. wurde mit Rücksicht darauf, dass durch die Aussage der vom Kläger über die Klagsbehauptungen geführten Zeugen u. z. der unbedenklichen Anna K. und der verwerflichen Apollonia M. die erste halbe Beweisprobe hergestellt war, mit dem rechtskräftigen U. vom 27. April 1891, Z. 1796, auf den Erfüllungseid des Klägers erkannt. Da jedoch mit dem Strafurtheile vom 19. August 1891, Z. 5645, die Zeugin Anna K. des durch die erwähnte Aussage begangenen Verbrechens des Betruges im Sinne der §§ 197 und 199, lit. a, St. G. schuldig erkannt und ausserdem ausgesprochen wurde, dass diese Zeugenaussage für ungiltig erklärt werde, überreichte B eine Klage gegen A mit der Schlussbitte: Es sei der Geklagte verpflichtet, anzuerkennen, dass mit Rücksicht auf das vorerwähnte Strafurtheil auch das U. vom 27. April 1891, Z. 1796, rechtsunwirksam sei; Geklagter werde zur Ablegung des Erfüllungseides nicht mehr zugelassen, respective im Falle der Ablegung desselben haben die im U. hierauf bestimmten Folgen nicht einzutreten, und sei der Geklagte schuldig, Alles, was er auf Grund dieses U. erhalten hat, zurückzustellen.

Die I. J. hat nach durchgeführter Verhandlung diesem Klagebegehren für den Fall stattgegeben, wenn die Klägerin den Haupteid über das Widerspiel des Erfüllungseidessatzes ablegt, wobei erwogen wurde, dass, wenn auch die Zeugin Anna K. im Strafverfahren eingestanden hat, eine falsche Zeugenaussage gemacht zu haben, im vorliegenden Falle dennoch die Vorschrift des § 236 AGO nicht Anwendung finden kann, da dieser Paragraph lediglich ein Geständniss des Zeugen, dass er

ein falsches Zeugniss abgelegt habe, fordert, während § 237 AGO davon ausgeht, dass der Zeuge eines falschen Zeugnisses überwiesen wurde, was nur im Wege des Strafverfahrens geschehen kann und auch hier geschah, weshalb die Bestimmung des § 237 AGO platzgreift.

Die II. J. hat die Klage zur Gänze abgewiesen, von der Ansicht ausgehend, dass Anna K. des falschen Zeugnisses im Sinne der §§ 236 und 237 AGO für geständig und nicht für überwiesen zu halten sei, und dass unter einem überwiesenen Zeugen die Gerichtsordnung nur einen leugnenden und durch dritte Zeugenaussagen oder andere Indicien überwiesenen Zeugen versteht, da sonst die Bestimmung des § 236 AGO überhaupt nie zur Anwendung gelangen würde.

Der OGH hat die E. der I. J. wieder hergestellt aus nachstehenden

Gründen:

Der Bestimmung des § 236 AGO, welche durch das Hofd. vom 25. August 1783, JGS Nr. 179, sub lit. d eine Erläuterung erfuhr, liegt die Erwägung zu Grunde, dass das blosse Geständniss eines Zeugen, er habe falsch ausgesagt, für sich allein nur ihm, nicht aber dritten Personen gegenüber für wahr zu halten sei, und dass hiernach, wenn nur dieses Geständniss vorliegt, dasselbe nicht geeignet sei, die auf dem zugestandenerweise falschen Zeugnisse beruhenden Rechte des bezüglichen Streittheiles zu alteriren, dass vielmehr in solchem Falle jener Partei, welche in Folge jener Zeugenaussage sachfällig geworden ist, nur diesem Zeugen gegenüber das Recht des Regresses selbst dann zukommt, wenn dieser Zeuge kein Vermögen besitzt, und folglich an ihm ein Regress nicht erholt werden kann.

Dass der § 236 AGO in diesem Sinne aufzufassen ist, darüber lässt das eingangs erwähnte Hofd. keinem Zweifel Raum. Dem entgegen behandelt der § 237 AGO diejenigen Fälle, in denen nicht nur das Geständniss des Zeugen, sondern auch noch andere Beweismittel vorliegen, welche zur Ueberweisung desselben, ein falsches Zeugniss in der betreffenden Rechtssache abgelegt zu haben, führen, eine Ueberweisung, die allerdings nur im strafgerichtlichen Wege erfolgen kann. Ein solcher Fall liegt auch hier vor, zumal aus den Entscheidungsgründen des Strafurtheils klar hervorgeht, dass die Verurtheilung der Anna K. nicht nur auf deren Geständniss, sondern auch auf andere Beweismittel, insbesonders die dort bezogenen Zeugenaussagen gestützt wird. Hiernach hat in dem vorliegenden Rechtsstreite nicht § 236, sondern § 237 AGO platzugreifen, und erscheint es unter solchen Umständen gleichgiltig, ob der Gesetzgeber ursprünglich blos bei § 237 und nicht auch bei § 236 AGO von der Voraussetzung eines stattgehabten Strafverfahrens ausging, zumal dieser Standpunkt durch die nachgefolgten gesetzlichen Bestimmungen längst überholt wurde, indem nach dem Hofd. vom 6. März 1821, JGS Nr. 1743

(§ 84 St.-PO), der Civilrichter auch dann, wenn ihm ein Zeuge gesteht, falsch ausgesagt zu haben oder wenn er anderweitig davon Kenntniss erlangt, gehalten ist, der Staatsanwaltschaft hierüber die Anzeige zu erstatten und bis zur E. des Strafgerichtes das weitere civilgerichtliche Verfahren einzustellen, so dass gegenwärtig in der Regel in den Fällen des § 236 AGO ebenso, wie in jenen des § 237 AGO die Ingerenz des Strafgerichtes eintreten wird, und das charakteristische Unterscheidungsmerkmal lediglich darin zu erblicken ist, ob nur das Geständniss des Zeugen — das möglicherweise auch objectiv falsch sein kann — oder anderweitige Beweise vorliegen, welche, sei es neben diesem Geständnisse, sei es ohne dieses zur Ueberweisung des betreffendes Zeugen führten, und ob in diesem Falle — ausser jener (falschen) Zeugenaussage — noch andere Beweismittel, welche wenigstens eine halbe Probe ausgemacht hätten, im Civilprocesse vorhanden seien oder nicht. In der vorliegenden Streitsache sind nun solche Beweismittel nicht vorhanden, und entspricht es sonach nur der Sachlage und den obigen gesetzlichen Bestimmungen, wenn der erste Richter den § 237 AGO in Anwendung gebracht und demgemäss dem Klagebegehren stattgegeben hat. Dem steht auch der Inhalt des negativen Haupteides, zu dem sich die Klägerin erboten, und von dessen Ablegung sie selbst den Erfolg ihrer Klage abhängig machen zu wollen erklärt hat, nicht entgegen, wenngleich dieser Inhalt das gerade Gegentheil des zur erfüllungsweisen Beschwörung zugelassenen Beweissatzes enthält, weil das Strafurtheil die Frage über die objective Wahrheit oder Unwahrheit dieses Beweissatzes nicht berührt, die falsche Zeugenaussage vielmehr sich lediglich darauf bezieht, dass die Zeugin Anna K. angab, bei Gewährung des Darlehens persönlich anwesend gewesen zu sein, während nun feststeht, dass dies nicht der Fall war, und dass sie daher gar nicht in der Lage war, sei es die Wahrheit, sei es die Unwahrheit jenes Beweissatzes zu bezeugen.

2909.

Auslegung des Uebereinkommens dahin, dass der Schuldner nach gänzlicher Abwicklung des Ausgleiches mit seinen Gläubigern und sobald er wieder in bessere Verhältnisse kommen werde, eine Nachtragsquote zu bezahlen habe.

E. v. 13. October 1892, Z. 11671. — (JB 1 ex 93, Seite 9.)

I. KG als HG Reichenberg.
II. OLG Prag.

M belangte den N auf Zahlung von 1129 fl. und führte zur Begründung seines Klagebegehrens an, dass sich der Geklagte gelegentlich des mit seinen Gläubigern im Jahre 1886 vereinbarten Ausgleiches verpflichtet habe, dem Kläger auf seine verglichene Forderung per 22.587 fl.

„nach gänzlicher Abwicklung des Ausgleiches mit seinen Gläubigern und sobald er wieder in bessere Verhältnisse kommen werde“, eine weitere fünfpercentige Quote per 1129 fl. zu bezahlen, und dass er, da er den Zeitpunkt der Erfüllung jener Verpflichtung gekommen glaubt, nunmehr die Zahlung des eingeklagten Betrages verlange. Der Geklagte wendete ein, dass der verabredete Zeitpunkt der Zahlung noch nicht vorhanden sei, weil weder sein Ausgleich gänzlich abgewickelt ist, noch seine Verhältnisse sich gebessert haben.

Die I. J. hat die Klage dermalen unbedingt abgewiesen, und zwar aus folgenden

Gründen:

Die Worte „gänzliche Abwicklung des Ausgleiches“ erfahren durch beide Theile eine verschiedene Auslegung; während der Kläger die „Abwicklung“ für gleichbedeutend ansieht mit dem „Zustandekommen“, mit der „Perfectionirung des Ausgleiches“, behauptet der Geklagte, der Ausgleich sei erst dann abgewickelt, wenn die mit den Gläubigern verabredeten Quoten des Ausgleiches auch sämmtlich bezahlt sind. Die letztere Auslegung muss als die allein richtige bezeichnet werden, was sich nicht blos aus dem Wesen und Zweck jener Vereinbarung und aus der wörtlichen Bedeutung des Wortes „Abwicklung“, sondern auch aus der klaren Absicht der Parteien, welche eine Mehrquote vereinbarten, folgt; denn eine solche Mehrquote soll und kann doch nur stets dann geleistet werden, wenn sich der Schuldner seiner eingegangenen gleichmässigen Verbindlichkeiten gegen Alle entledigt hat. Da der Geklagte nun die bereits durchgeführte Abwicklung des Ausgleiches geleugnet hat, so wäre eigentlich durch den über diesen Umstand aufgetragenen Haupteid der Beweis hierüber herzustellen gewesen; jedoch wurde dieser Eid, wie weiter ausgeführt werden soll, nicht zugelassen. Was nämlich den Umstand betrifft, dass sich die Vermögensverhältnisse des Geklagten gebessert haben, so ist es dem Kläger nicht gelungen, denselben irgendwie zu beweisen. Der von ihm angebotene und durchgeführte Zeugenbeweis ist vollständig misslungen; denn sämmtliche Hypothekargläubiger, welche nach klägerischer Angabe nach dem Ausgleiche befriedigt worden sein sollten, so dass ihre Forderungen nur mehr indebite auf den Realitäten des Geklagten haften, gaben an, dass ihre Forderungen voll zu Recht bestehen, und dass sie nichts auf Abschlag derselben erhalten haben. Es ist somit eine Besserung des bücherlichen Schuldenstandes nicht eingetreten. Betreffs der Besserung der ausserbücherlichen Verhältnisse hat der Kläger den Beweis durch den Haupteid und durch Sachverständige angeboten, doch konnte keines dieser Beweismittel zugelassen werden. Der Eid erscheint in diesem Falle unzulässig, weil das Eidesthema in dieser allgemeinen Fassung keine bestimmte Thatsache, sondern eine Schlussfolgerung ist, welche sich aus einzelnen

Thatsachen ergeben soll. Auch Sachverständige könnten über eine so allgemeine Behauptung kein zuverlässiges U. abgeben; überdies kann der Sachverständigenbeweis nur zur Feststellung strittiger Thatsachen zugelassen werden, wenn diese von besonderen Fachkenntnissen abhängt, was hier nicht der Fall ist, indem auf Grund etwa vorgebrachter und feststehender thatsächlicher Umstände der Richter selbst beurtheilen kann, ob sich Jemands Verhältnisse gebessert haben. Dies Letztere scheint wohl der Kläger selbst eingesehen zu haben; denn er sucht später den vorliegenden Fall als einen nach § 904 ABG zu beurtheilenden darzustellen. Allein abgesehen davon, dass auch in dem Falle des § 904 ABG Thatsachen unzweifelhaft feststehen müssen, auf Grund deren der Richter unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen die angemessene Frist festsetzen kann, liegt hier gewiss nicht der Fall einer Zahlungszusicherung nach Thunlichkeit und Möglichkeit vor, sondern nach den eigenen klägerischen Angaben eine Verpflichtung, welche in jenem bestimmten Zeitpunkte erfüllt werden soll, wenn der Ausgleich abgewickelt ist, das heisst die Ausgleichsquoten bezahlt sind und die Vermögensverhältnisse sich gebessert haben, das heisst, der Geklagte in eine solche Lage kommt, dass er ohne Abbruch für seine laufenden Verbindlichkeiten die ziemlich bedeutende Nachzahlung leisten kann. Diese beiden als Bedingungen im Sinne des § 904 ABG anzuschauenden Momente muss der Kläger voll beweisen; da er aber den Beweis für die angebliche Besserung der Verhältnisse nicht im geringsten erbracht hat, so kann es auf den durch den Haupteid herzustellenden Beweis der ersten Bedingung, der Ausgleichsabwicklung, nicht erst ankommen, und wurde dieser Eid daher als nicht entscheidend oder richtiger als nicht allein entscheidend nicht zugelassen. Wenn sich endlich der Kläger darauf beruft, dass der Geklagte in den vorgelegten Briefen ddto. 10. Februar 1891 und 29. April 1891 die Fälligkeit der Schuld zugibt, so ist in keinem dieser beiden Briefe eine solche Anerkennung herauszufinden. In beiden ist nur von der Unmöglichkeit der Zahlung im Allgemeinen die Rede, und in dem zweiten Briefe erklärt der Geklagte ausdrücklich, dass er noch nicht in der Lage ist zu zahlen, was er mit seinen jetzigen Vermögensverhältnissen motivirt, und darin kann doch eine Anerkennung der Fälligkeit, insbesondere im Hinblick auf die zweite Bedingung derselben gewiss nicht gesehen werden. In Erwägung dieser Sachlage und in Anbetracht dessen, dass die Fälligkeit der eingeklagten Forderung durch nichts erwiesen ist, musste die Klage dermal abgewiesen werden.

Ueber Appellation des Klägers hat die II. J. diese E. abgeändert und den Geklagten schuldig erkannt, dem Kläger von dem Betrage per 1129 fl. einen Theilbetrag per 500 fl. sammt 6 Percent Zinsen vom Klagstage binnen zwei Monaten, den Restbetrag per 629·32 fl. sammt 6 Percent Zinsen vom 2. Juni 1891 an binnen sechs Monaten zu bezahlen.

Gründe:

Gegen das erstrichterliche U. hat der Kläger appellirt und mit Recht. Der Geklagte gab mit dem Schreiben vom 9. April 1886 dem Kläger die Erklärung ab, dass er nach gänzlicher Abwicklung seines Ausgleiches mit seinen Gläubigern und, sobald er in bessere Verhältnisse komme, ihm weitere 5 Percent von seiner Forderung per 22.587 fl., das ist die eingeklagten 1129 fl., bezahlen werde. Dass der Geklagte seinen Ausgleich mit den Gläubigern bereits gänzlich abgewickelt hat, ergibt sich trotz seines Widerspruches 1. daraus, dass es trotz des Ablaufes des bedeutenden Zeitraumes vom 9. April 1886 bis zum Tage der Einbringung der Klage, das ist 2. Juni 1891, nicht zur Eröffnung des Concurses über das Vermögen des Geklagten kam; 2. aus dem Inhalte der beiden Briefe des Geklagten vom 10. Februar 1891 lit. G und vom 29. April 1891 lit. H, zumal in denselben nicht die Nichtabwicklung des Ausgleiches, sondern die momentane Zahlungsunfähigkeit, und in dem Briefe vom 29. April 1891 insbesondere der Umstand, dass der Geklagte heute ein kleines Geschäft habe, angeführt wurde, warum der Geklagte dem Begehren des Klägers nicht nachkommen könne; 3. daraus, dass der Geklagte keine solchen Umstände eingewendet hat, welche die Nichtabwicklung des Ausgleiches darthun würden; 4. die Aussage des O, dass auf seine Forderung per 25.000 fl. bis jetzt nichts bezahlt wurde, ist ebenso wie die der P, dass ihre Forderung per 15.000 fl. noch nicht bezahlt wurde, ohne Belang, weil dies grundbücherlich sichergestellte Forderungen sind. Mit den weiteren, in dem Schreiben des Geklagten vom 9. April 1886 vorkommenden Worten, er werde den bezüglichen Betrag bezahlen, sobald er wieder in bessere Verhältnisse komme, wurde nicht eine Bedingung, sondern eine Zeitbestimmung ausgesprochen. Die Aeusserung des Schuldners, er werde die Schuld bezahlen, sobald er in bessere Verhältnisse kommt, ist dem Versprechen eines Schuldners, nach Möglichkeit oder Thunlichkeit zu zahlen, gleichzuhalten, weshalb im vorliegenden Falle das Gericht auf Grund des § 904 ABG die Erfüllungszeit selbst festzusetzen hat. Mit Rücksicht auf den aus den Extracten sich ergebenden Passivstand und weil nicht stricte bewiesen werden kann, dass der Geklagte momentan in der Lage sei, den ganzen eingeklagten Betrag binnen drei Tagen zu bezahlen, wurden unter Abänderung des erstgerichtlichen U. dem Geklagten entsprechende Zahlungsfristen gegeben.

Ueber die Revisionsbeschwerde des Geklagten hat der OGH das U. II. J. im Spruche über die Hauptsache, das ist Zahlung des Betrages von 1129 fl. bestätigt, in Ansehung der Höhe und des Zeitpunktes der Fälligkeit der Zahlungsraten sowie im Spruche über die Zinsen aber beide untergerichtlichen U. abgeändert und erkannt, dass der Geklagte schuldig ist, die eine Hälfte des eingeklagten Betrages innerhalb eines halben Jahres, die andere Hälfte desselben aber in einem Jahre nach erfolgter

Zustellung dieses oberstgerichtlichen U. an beide Theile sammt 6 Percent Zinsen von dem jeweiligen Fälligkeitstage zu bezahlen.

Gründe:

Die Ausführungen der Revisionsbeschwerde sind nicht geeignet, die Abänderung des oberlandesgerichtlichen U., insoweit es sich zunächst um den Spruch über die Hauptsache handelt, zu bewirken. Dass unter „Abwicklung" des aussergerichtlichen Ausgleiches nur das Zustandekommen desselben (durch Zustimmung sämmtlicher Gläubiger) verstanden werden kann, ergibt sich bei Beachtung der Vorschrift des Art. 278 HGB aus der Erwägung, dass es in dem entgegengesetzten Falle dem Geklagten freistände, die im Briefe vom 28. Jänner 1886, Klagsbeilage A, mit seinem Ehrenworte bekräftigte Zusicherung der Bezahlung einer Nachtragsquote ganz nach seinem Belieben illusorisch zu machen. Dass endlich die Zusicherung des Geklagten im Briefe vom 9. April 1886, Klagsbeilage B, jene Nachtragsquote zu bezahlen, sobald er wieder in bessere Verhältnisse kommt, als Versprechen der Erfüllung nach Möglichkeit (§ 904 ABG) aufzufassen ist, ergibt sich auch aus dem Wortlaute des Briefes A, worin der Geklagte die Bezahlung von weiteren 5 Percent der Forderung per 22.597 fl. zusichert, sofern ihm dies nur halbwegs möglich sein wird. Es handelt sich nunmehr um die Lösung der Frage, ob der Geklagte nach seinen gegenwärtigen Vermögensverhältnissen schon jetzt zur Erfüllung dieser seiner Verbindlichkeit herangezogen werden kann. Diese Frage ist zu bejahen, wenn erwogen wird, dass der Geklagte seinen eigenen Angaben nach kinderlos ist, dass seine Gattin ein eigenes ererbtes Vermögen besitzt, und dass er nach der Aussage des Zeugen O diesem die Zinsen seiner Hypothekarforderung von 25.000 fl. regelmässig bezahlt, und dass hieraus, sowie aus dem Umstande, dass laut der Grundbuchsauszüge, Klagsbeilage I und K, auf den Realitäten des Geklagten eine Executionsführung nicht vorgemerkt erscheint, und seit Ende des Jahres 1887 eine weitere Belastung nicht eingetreten ist, mit Grund geschlossen werden muss, dass der Geklagte dermal in der Lage ist, seine durch die Klagsbeilagen A und B nachgewiesene Verbindlichkeit bei Gestattung von Ratenzahlungen zu erfüllen. Die obergerichtlich bemessene Erfüllungsfrist entspricht indess nicht der in dem § 904 ABG als Grundsatz aufgestellten Billigkeit, von der sich der Richter bei Festsetzung der Erfüllungszeit leiten lassen soll, weil bei den eben geschilderten Vermögensverhältnissen des Geklagten der von ihm abzustattende Betrag als ein beträchtlicher anzusehen ist. Diese beiden massgebenden Umstände erheischen vielmehr eine Ausgleichung der beiden Zahlungsraten, insbesondere aber eine Verlängerung ihrer Fälligkeitstermine, welche in den oberstgerichtlichen Urtheilsbestimmungen zum Ausdruck gelangen. Auch steht es mit der Anwendung des § 904 ABG im Widerspruch, wenn dem

Kläger Verzugszinsen seit dem Klagstage zugesprochen werden, die der Geklagte erst zu der vom Gerichte bestimmten Zeit zu erfüllen hat, daher erst bei Nichteinhaltung dieses Termines von diesem angefangen nach §§ 1333 und 1334 Verzugszinsen zu entrichten hat. In diesen Richtungen wurden in theilweiser Stattgebung der Revisionsbeschwerde des Geklagten die beiden untergerichtlichen U. abgeändert.

2910.

Das einen Contosaldo enthaltende Schreiben einer kaufmännischen Firma stellt eine vollen Glauben verdienende, für die Einleitung des Executivverfahrens hinreichende Urkunde dar.

E. v. 13. October 1892, Z. 12091. — (GZ 6 ex 93, Seite 47.)
I. HG Wien.
II. OLG Wien.

In Sachen der Firma A gegen die Firma B wegen Zahlung von 17.323 fl. wurde der erstrichterliche B., womit die Klage um die Einrede decretirt und das Begehren um die Einleitung des Executivverfahrens abgewiesen worden war, über den Recurs der Klägerin oberlandesgerichtlich dahin abgeändert, dass über die Klage eine Tagsatzung gemäss § 298 AGO und Hofd. vom 7. Mai 1839, JGS Nr. 258, mit dem in diesem Hofd. normirten Beisatze angeordnet wurde, weil die geklagte Firma in dem an die Klägerin gerichteten Schreiben ausdrücklich anerkannt hat, dass der zugleich übersendete Contoauszug mit dem Saldo von 17.323 fl. zu Gunsten der Klägerin abschliesse; weil dieses Schreiben, gemäss § 113 ibid. sich als eine vollen Glauben verdienende Urkunde darstellt; und weil bei Handelsgeschäften, wenn die Zeit der Erfüllung einer Verbindlichkeit vertragsmässig nicht bestimmt ist, gemäss Art. 326 HGB die Erfüllung zu jeder Zeit gefordert werden kann, eine etwaige Bestreitung der Fälligkeit im Sinne des Schlusssatzes des citirten Art. 326 aber den Einwendungen der geklagten Firma vorbehalten bleibt.

Diese E. wurde über Revisionsrecurs der geklagten Firma vom OGH unter Hinweisung auf deren zutreffende Begründung und in der Erwägung bestätigt, dass auf thatsächliche Umstände, welche weder in der Klage, noch in deren Beilagen angeführt sind, kein Bedacht genommen werden kann.

2911.

Liegt erweislich ein Rechnungsirrthum zum Nachtheile des Forderungsberechtigten vor, so kann nicht sofort auf die Bezahlung der Forderung, sondern nur auf Aufhebung des Vertrags geklagt werden.

E. v. 19. October 1892, Z. 10711. — (Sp. R. I ex 93, Seite 39.)

Die Eisenhüttengewerkschaft A hat unter'm 15. April 1889 dem Bezirksstrassenausschusse in B die Eisenconstruction für die über den

Yfluss zu erbauende Brücke zum Einheitspreise von 22·80 fl. per 100 kg. im Gesammtgewichte von 35.430 kg. offerirt, dieser Ausschuss hat aber, da der Preis dem Landesausschusse zu hoch war, eine allgemeine Offertverhandlung ausgeschrieben. Ueber Aufforderung offerirte sohin A mit Schreiben vom 17. Juli 1889 mit Berufung auf ihre erste Offerte die Herstellung der Eisenconstruction per 35.430 kg. zu demselben Einheitspreise per 22·80 fl. für 100 kg. und setzte den Pauschalpreis mit 7078 fl. fest, Gemäss Beschlusses des B vom 2. August 1889 wurde der A die Herstellung des eisernen Oberbaues der Brücke in Gemässheit ihrer beiden Offerten unter der Bedingung übertragen, dass sie die Eisenconstruction per 35.430 kg. um den Gesammtpreis von 7078 fl. in bester Qualität dem B zu liefern hat. Dieser Auftrag wurde von der A mit Schreiben vom 10. August 1889 dem B bestätigt. Da die A aber während des Ganges der Arbeiten in der Berechnung des Gesammtpreises unter Zugrundelegung des Gewichtes per 35.430 kg. und des Einheitspreises von 22·80 fl. für 100 kg. sich zu ihrem Nachtheile irrte, weil dieser Einheitspreis nicht 7078 fl., sondern 8078 fl. betrug, klagte sie den B nach fruchtlosem Mahnen auf Zahlung des Mehrbetrages.

Die I. J. hat dieses Begehren abgewiesen, weil die von der A mit Schreiben vom 10. August 1889 erklärte Annahme der ihr mit dem Schlussbriefe des B vom 2. August 1889 übertragenen Lieferung die Grundlage des Vertrages bildet, in diesem Schlussbriefe der Anbot um den Gesammtpreis von 7078 fl. erfolgte, von einem Einheitspreise per 22·80 fl. per 100 kg. in diesen beiden Schreiben keine Rede ist, dem B ein allfälliger Irrthum nicht auffallen konnte, daher die an dem Irrthume allein schuldtragende Gewerkschaft nach § 876 ABG anerkennen muss, dass der Lieferungsvertrag im Sinne des angenommenen Auftrages vom 2. August 1889 aufrecht besteht und weil auch ein unterlaufener Irrthum die A nicht berechtigen würde, die Zahlung der Klagssumme, sondern nur die Aufhebung des Vertrages zu fordern.

Die II. J. hat den B verurtheilt, weil der Rechnungsfehler dem B auffallen musste (§ 876 cit.) und weil der Grundsatz des § 1388 ib., dass ein offenbarer Rechnungsverstoss keinem Theile schaden solle, auch auf Verträge überhaupt, somit auch auf den vorliegenden Fall Anwendung findet, indem auch hier die Klagsseite bei der Preisberechnung sich offenbar zu ihrem Nachtheile geirrt hat.

Der OGH stellte aber die E. I. J. wieder her.

Gründe:

Nach Lage der Acten unterliegt es keinem Zweifel, dass die A bei Einbringung ihres Offertes vom 15. April 1889, sowie bei Erlassung ihres Schreibens vom 17. Juli 1889 von dem Willen geleitet war, die Lieferung der Eisenconstruction zu der Ybrücke um den Einheitspreis von 22·80 fl.

per 100 kg. des Gesammtgewichtes zu übernehmen, und dass bei dem angenommenen Gesammtgewichte von 35.430 kg. der Gesammtpreis sich hiernach auf 8078 fl. und nicht, wie es im letzterwähnten Schreiben in Folge offenbaren Rechnungsverstosses heisst, auf 7078 fl. beziffert. Dem entgegen unterliegt es aber ebenso wenig einem Zweifel, dass B inhaltlich der Bedingungen, unter denen er die Lieferung mit Schreiben vom 2. August 1889 der A übertrug, von der Aufnahme eines Einheitspreises überhaupt und insbesondere jenes von 22·80 fl. absah und den Gesammtpreis von 7078 fl., zahlbar in 2 Raten à 4000 fl. und 3078 fl. der Bestellung zu Grunde legte. Sache der A war es, bevor sie unter diesen Bedingungen die Bestellung annahm, dieselben sorgfältig zu prüfen und stand es ihr frei, die Bestellung abzulehnen oder anzunehmen. Hat sie aber in ihrem Schlussbriefe vom 10. August 1889 die Bestellung unter den in jenem Briefe vom 2. August 1889 angeführten Bedingungen angenommen, so hat dieser Preis von 7078 fl., zu welchem der B die in Rede stehende Lieferung der A übertragen hat, als der vertragsmässig vereinbarte insolange zu gelten, als nicht die A die Aufhebung des Vertrages in Folge des unterlaufenen Irrthums erwirkt. Diesen vereinbarten Preis von 7078 fl. hat B der A zugestandenermassen bezahlt und würde es demzufolge gegen das Vertragsrecht verstossen, wollte man den B über den vereinbarten Preis hinaus auch noch zur Zahlung des begehrten Mehrbetrages verhalten. Gegenüber der klaren und ziffermässigen Anführung des Gesammtpreises von 7078 fl. in dem Bestellbriefe vom 2. August 1889 erscheint es ohne alle rechtliche Bedeutung, dass sowohl in diesem Briefe, wie in dem Schlussbriefe der A vom 10. August 1889 auf das Offert vom 15. April 1889 und das Nachtragsschreiben vom 17. Juli 1889 Bezug' genommen wird, weil diese beiden Schreiben ausser der Forderung eines Einheitspreises von 22·80 fl. per 100 kg. auch noch anderweitige Bestimmungen enthalten, während gerade in Betreff des Einheitspreises der Bestellbrief vom 2. August 1889 abweichende ausdrückliche Bedingungen enthält, denen die A zugestimmt und unter welchen sie die Effectuirung der Lieferung in rechtsverbindlicher Weise zu übernehmen erklärt hat. Ob B einen Anlass hatte, die Richtigkeit des in dem Briefe vom 17. Juli 1889 angeführten Gesammtpreises zu prüfen und ob er bona fide diesen dort angegebenen Gesammtpreis seiner Bestellung zu Grunde gelegt oder ob er in Kenntniss der dort irrthümlich erfolgten Berechnung jenes Gesammtpreises diesen Irrthum absichtlich zu seinem Vortheile und zum Nachtheile der A ausgenützt hatte, mag dahingestellt bleiben, da weder dieser, noch jener Umstand das Klagebegehren zu rechtfertigen vermöchte, zumal im ersteren Falle der Vertrag so wie er zum Abschlusse gelangte, nach § 876 ABG fortbestände und im letzteren Falle nach eben dieser Gesetzesstelle die A nur befugt gewesen wäre, die Aufhebung des Vertrages zu begehren, wenn sie vermeinte, dass bezüglich der Bestimmung des Preises die zu

jedem Vertrage erforderliche Uebereinstimmung des Willens beider Contrahenten (§ 869 ABG) fehlte. Das Klagebegehren erscheint um so minder gerechtfertigt, wenn erwogen wird, dass B es der A noch vor geschehener Lieferung ausdrücklich freigestellt hat, entweder um den vereinbarten Preis von 7078 fl. zu liefern oder die Lieferung zu unterlassen, nachdem B im Hinblicke auf den präcisen und bündigen Vertragsinhalt unter keinen Umständen in eine Erhöhung des Preises um 1000 fl. willige und für den Fall, als die A gleichwohl die Eisenconstruction liefern würde, annehmen müsste, dass die A auf den angesprochenen Mehrbetrag von 1000 fl. verzichte und sonach auf die Zahlung eines höheren als des vereinbarten Preises von 7078 fl. nicht rechnen dürfe. Wenn trotz dieser entschiedenen Erklärung des B die A die Eisenconstruction geliefert hat, mangelt ihr jede Berechtigung, die Zahlung eines höheren Preises zu begehren. Auch die Berufung des oberen Richters auf § 1388 cit. erscheint nicht geeignet, die A günstiger zu stellen, weil dieser § nothwendig eine Rechnung und einen in dieser unterlaufenen offenbaren Verstoss voraussetzt, in dem vor allem massgebenden Schreiben vom August 1889 aber ebenso wie in dem Schlussbriefe vom 10. August 1889 eine Berechnung nicht vorkommt und daher auch von einem dort unterlaufenen Rechnungsverstosse keine Rede sein kann. Der in dem Schreiben vom 17. Juli 1889 bei Berechnung des Gesammtpreises unterlaufene Verstoss kann aber dermalen weiter nicht in Betracht kommen, weil eben jener Berechnung der Einheitspreis von 25·80 fl. per 100 kg. zu Grunde gelegt wurde, während der Bestellbrief vom 2. August von jedem Einheitspreise absieht und den Preis der gesammten Lieferung ziffermässig, klar und deutlich mit 7078 fl. fixirt.

2912.

Ausnahmsrechte zu Gunsten der künftigen Ehegattin des stipulirenden Gatten kommen der überlebenden Gattin zu, ohne Unterschied, die wie vielte Gattin desselben sie ist.

E. v. 19. October 1892, Z. 11022. — (Sp. R. I ex 93, Seite 41.)

Lenz und Barbara F. verkauften mit Kaufvertrag vom 20. März 1863 ihre Wirthschaft in T. an Johann und Wilhelmine P. Im Punkte 3 dieses Kaufvertrages werden den Verkäufern auf beiderseitige Lebensdauer Ausnahmsrechte ausbedungen. Weiters wurde einverständlich bedungen, das der Verkäufer Lenz für den Fall, als sein gegenwärtiges Weib vor ihm sterben sollte, seiner „zukünftigen“ Gattin auf deren Lebensdauer die weiters angeführten, von derselben Wirthschaft zu leistenden Ausnahmsrechte verheiraten dürfe. Die oberwähnte Realität war durch Weiterverkauf an die Eheleute Johann und Eva B. und von diesen endlich mit Kaufvertrag vom 23. Juni 1876 an Josef H. gediehen. Mittlerweile war

die Barbara F., Gattin des ersten Verkäufers Lenz F., gestorben und hatte sich derselbe zum zweiten Male verehelicht und zwar wieder mit einer „Barbara“. In diesem Kaufvertrage vom 23. Juni 1876 wurden nun im Abs. 5 die Ausnahmsrechte des Lenz F. aus dem Kaufvertrage vom 20. März 1863 ausdrücklich anerkannt und verpflichteten sich die Käufer im Absatze 6, die im Kaufvertrage vom 20. März 1863 stipulirten Ausnahmsrechte der zweiten Gattin des Lenz F. für den Fall des Ablebens desselben auf Lebensdauer zu leisten. Es starb aber dann auch die zweite Gattin des Lenz F. und heiratete dieser zum dritten Male abermals eine „Barbara“. Sohin starb endlich Lenz F. und hinterliess diese dritte Gattin (ebenfalls namens Barbara). Diese beansprucht nun die im bezüglichen Vertrage vom 20. März 1863 von Lorenz F. „seiner zukünftigen Ehegattin auf Lebensdauer“ eingeräumten Ausnahmsrechte, da diese ob dem Hause N. 5 in T. intabulirt waren. A, als dermaliger Besitzer dieser Realität, wollte aber diese Ausnahme nicht leisten und erhob die Klage wegen Erlöschung dieser Ausnahmsrechte, indem er anführte, dass rücksichtlich der bei Lebzeiten der ersten Gattin stipulirten Ausnahmsrechte an die zukünftige Ehegattin, und die seither verstorbene zweite, nicht aber auch die die Ausnahme beanspruchende jetzt lebende dritte Ehegattin des Lorenz F. gedacht worden sein konnte.

Die I. J. erkannte nach dem Klagebegehren, die II. und III. J. wiesen jedoch die Klage ab.

Gründe der III. J.:

Es ergibt sich aus dem Inhalte des 3. Absatzes des Kauf- und Verkaufvertrages vom 20. März 1863, dass der Verkäufer Lenz F. nicht für seine mit ihm lebende, sondern für seine bei seinem Absterben lebende, somit ihn überlebende Ehegattin vorsorgen wollte (§§ 6 und 914 ABG). Bei diesem zweifellos erkennbaren Willen des Lenz F. lässt sich aus der Stylisirung des 3. Absatzes nicht herausinterpretiren, dass er die stipulirten Ausnahmsrechte nur für jene Frauensperson, die er zunächst nach Ableben seiner damals noch lebenden Gattin heiraten werde, bedungen habe. Vielmehr dachte Lenz F. an eine ihn überlebende Gattin, für die er sorgen wollte, daher nach der eigenthümlichen Bedeutung der Worte in ihrem Zusammenhange und aus der zu Tage tretenden klaren Absicht des L. F. unter dem Ausdrucke „zukünftige“ Ehegattin auch die belangte (dritte Gattin) verstanden werden muss. Ueberdies hat auch Lenz F. laut der Ehepacte vom 9. April 1883 (Beilage 3) diese Ausnahmsrechte seiner dritten Ehegattin verheiratet, welche Ausnahmsrechte eine Ergänzung des damaligen Kaufschillings bilden und im Grunde des Kaufvertrages vom 20. März 1863 auch einverleibt worden sind und noch haften, daher A als Hypothekbesitzer verpflichtet ist, diese Ausnahme zu leisten, woran der später abgeschlossene Kaufvertrag nichts ändert.

2913.

Verzugszinsen müssen ausdrücklich begehrt werden und es ist ein diesfälliger Anspruch in dem Begehren des Triennal-Zinsrückstandes nicht mit enthalten.

E. v. 19. October 1892, Z. 11723. — (Práv. VI ex 93, Seite 42.)

I. BG Kenty.
II. OLG Krakau.

Ueber die am 14. December 1889 eingebrachte Klage des A gegen die Eheleute B pcto. Zahlung von 400 fl. sammt 6 Percent Interessen für drei Jahre vom Klagstage an zurückgerechnet hat die I. J. die Belangten blos zur Zahlung der Theilsumme von 98 fl. und 47 fl., dann zur Tragung ermässigter Gerichtskosten verurtheilt, jedoch den Kläger mit dem Interessen-Anspruche zur Gänze abgewiesen.

Die II. J. hat die appellirte E. dahin abgeändert, dass dem A auch die 5 Percent Verzugszinsen von den zugesprochenen Theilsummen, und zwar beginnend vom Klagstage an bis zum Zahlungstage, zuerkannt wurden, aus nachstehenden

Gründen:

A hatte allerdings kein Recht zur Beanspruchung von Interessen für die Zeit bis zum Klagstage; da er jedoch im Klagsbegehren die Zuerkennung von 6 Percent Interessen verlangt und in diesem Begehren auch der Anspruch auf die gesetzlichen, vom Klagstage an laufenden Verzugszinsen enthalten ist, so waren dieselben um so eher zuzuerkennen, als die Belangten vom Klagstage an sich wirklich im Verzuge befinden.

Ueber Revisions-, zugleich Nichtigkeitsbeschwerde der Belangten hat der OGH die E. I. J. zur Gänze wieder hergestellt, in der Erwägung, dass A in der Klage lediglich die Interessen für 3 Jahre vom Klagstage an zurückgerechnet begehrte, daher der in II. J. erfolgte Zuspruch von 5 Percent Verzugszinsen vom Klagstage abwärts die Vorschrift des § 1 wg. GO verletzt.

2914.

Conventionalstrafe bei Uebernahme eines Baues im Falle der Versäumung einer vertragsmässig übernommenen Frist der Bauherstellung.

E. v. 19. October 1892, Z. 12153. — (JB 4 ex 93, Seite 45.)

Der Baumeister Josef P. hatte sich bei Uebernahme des Neubaues eines vier Etagen hohen Hopfenmagazins mit einem 25 Meter hohen Kamine und doppelter Hopfendörre bei dem Hause des Leopold K. verpflichtet, diesen Neubau bis 1. September 1887 derart zu vollenden, dass mit diesem Tage der fertiggestellte Neubau seinem Zwecke gemäss ver-

wendet werden konnte. Zugleich hatte Josef P. sich verpflichtet, für den Fall, als er aus welchem Grunde immer, jedoch mit Ausschluss von Elementarereignissen, seiner oben angeführten Verbindlichkeit nicht zur Gänze genügen sollte, für jeden Tag, um welchen die Fertigstellung und Uebergabe nach dem 1. September 1887 sich verzögern sollte, eine Conventionalstrafe von je 25 fl. — unbeschadet der Geltendmachung eines eventuell höheren Schadens — an Leopold K. zu bezahlen. Nun verzögerte sich die Fertigstellung des mehrerwähnten Neubaues um 22 Tage nach dem 1. September 1887. Leopold K. begehrte sohin von Josef P. die Bezahlung der vereinbarten Conventionalstrafe für 22 Tage im Betrage von 550 fl. Der Geklagte vertheidigte sich gegen den Klagsanspruch in der Weise, dass er einwendete: 1. dass der Kläger nachzuweisen hätte, dass er überhaupt einen Schaden erlitten hat, und dass der Anspruch auf Zahlung einer vertragsmässigen Conventioalstrafe nur dann begründet sei, wenn aus der gar nicht, oder nicht gehörig, oder nicht rechtzeitig erfüllten Verbindlichkeit ein Schaden entstanden und der Schuldner in culpa ist; 2. dass er die Mässigung des Vergütungsbetrages begehrte, indem er anführte, dass der Vergütungsbetrag übermässig sei.

Die I. J. hat erkannt: 1. Der Geklagte ist schuldig, als Conventionalstrafe den Betrag von 220 fl. an den Kläger zu bezahlen; 2. bezüglich des weiteren Theilbetrages von 330 fl. wird dagegen die Klage abgewiesen.

Gründe:

Was die erste Einwendung des Geklagten anbelangt, so ist dieselbe unbegründet, wie aus Folgendem erhellt: Die Conventionalstrafe ist nach § 1336 ABG eine für einen bestimmten Fall vereinbarte Entschädigung, welche nach dem Eintritte des Falles ohne den Beweis, dass ein Schade verursacht wurde, gefordert werden kann; es kann sich daher der Geklagte nicht darauf berufen, dass ohne sein Verschulden die Fertigstellung des Neubaues sich um 22 Tage verzögerte. Wenn auch durch den durchgeführten Zeugenbeweis erwiesen wurde, dass sich bei Herstellung der Fundamente des mehrerwähnten Neubaues nicht vorausgesehene Hindernisse zeigten, indem anstatt in der angenommenen Tiefe von 1 Meter 20 Centimeter erst in einer Tiefe von 5 Meter 20 Centimeter festes, gewachsenes Terrain vorgefunden wurde, und die Herstellung dieser Fundamente die Verzögerung der Fertigstellung des Neubaues herbeiführte, so muss doch auf den Wortlaut des § 1299 ABG hingewiesen werden, dass der Geklagte vor der Uebernahme des Neubaues sich von der Beschaffenheit des Terrains überzeugen konnte und daher diesen Mangel selbst zu vertreten hat. Was nun die zweite Einwendung, dass der in der vorliegenden Klage gestellte Anspruch ein übermässiger ist, betrifft, so musste derselben stattgegeben werden und der Vergütungsbetrag auf den Betrag von 10 fl. per Tag herabgemindert werden. Die Uebermässigkeit des Ver-

gütungsbetrages ergibt sich aus den vom Geklagten angeführten und vom Kläger auch zugegebenen Thatsachen. Zum Beweise der Uebermässigkeit des Vergütungsbetrages führt der Geklagte an, dass der Kläger trotz der erst am 23. September 1887 erfolgten Fertigstellung des Neubaues des Hopfenmagazines das letztere sammt einer im Hause C.-Nr. 209 befindlichen Wohnung an den Hopfencommissionär Siegfried R. um den jährlichen Miethzins von 1400 fl. und zwar die Wohnung vom 1. Mai 1887 und das Hopfenmagazin vom 1. September 1887 angefangen vermiethet habe, und sei für die von Siegfried R. gemiethete Wohnung, bestehend aus fünf Zimmern, Speisekammer und Küche, mit Rücksicht auf deren Lage und Beschaffenheit und mit Rücksicht auf die in S. herrschenden Verhältnisse ein jährlicher Miethzins von 500 fl. nicht unangemessen. Wird nun von dem von Siegfried R. für das Hopfenmagazin nebst zwei Dörren und die vorerwähnte Wohnung zu zahlenden jährlichen Miethzinse per 1400 fl. der auf die Wohnung entfallende Betrag von 500 fl. in Abrechnung gebracht, so ergibt sich für das Hopfenmagazin ein jährlicher Miethzins von 900 fl. und für 22 Tage ein Miethzins von 55 fl. Der über die Angemessenheit des für die oberwähnte Wohnung mit 500 fl. angenommenen Miethzinses vom Geklagten angebotene und auch durchgeführte Sachverständigenbeweis ist gelungen, und da mit Rücksicht auf die Aussage des als Zeugen vernommenen Siegfried R. dem Letzteren vom Kläger für die verspätete Uebergabe des Hopfenmagazins eine Entschädigung von 50 fl. gegeben wurde, so folgt hieraus, dass der eingeklagte Vergütungsbetrag per Tag mit 25 fl. übermässig ist, und musste, da nach § 1336 ABG dem Richter das Mässigungsrecht zusteht, dieser Vergütungsbetrag auf 10 fl. per Tag herabgesetzt werden, weil der eingeklagte Betrag mit Rücksicht auf die vorhandenen Umstände als ein den obwaltenden Verhältnissen nicht angemessener erkannt wurde. Bei dieser Sachlage war also die Klage bezüglich des übermässigen Theilbetrages von 330 fl. abzuweisen.

Ueber Appellation beider Theile hat die II. J. diese E. abgeändert und erkannt: Der Geklagte ist nur dann schulhig, die eingeklagte Conventionalstrafe von 550 fl. an den Kläger zu bezahlen, wenn der Geklagte den Beweis durch den rückschiebbaren Haupteid darüber nicht herstellt, dass nach den dem in der Klage angeführten Bau zu Grunde gelegten Plänen und Kostenvoranschlägen die Fundamente des Gebäudes mit einer Tiefe von 1 Meter 20 Centimeter aufgenommen waren, und dass der Geklagte auf Grund der vorgenommenen Pläne und des Kostenvoranschlages den Bau übernommen hat.

Gründe:

Beide Theile sind darüber einig, dass der Geklagte vom Kläger den Bau eines Hopfenmagazins übernommen hat, dass sich der Geklagte verpflichtet hat, den Neubau bis 1. September 1887 vollendet zu über-

geben, dass derselbe, im Falle er dieser übernommenen Verbindlichkeit nicht entsprechen sollte, sich verpflichtet hat, eine Conventionalstrafe von 25 fl. täglich zu bezahlen, von welcher Zahlung Geklagter nur dann frei wäre, wenn er durch Elementarereignisse an der rechtzeitigen Vollendung des Baues verhindert sein sollte. Die Parteien sind auch darüber einig, dass die Vollendung des Baues sich um 22 Tage verzögert hat, und es wird der Eintritt eines Elementarereignisses nicht geltend gemacht. In einer ganz irrigen Weise versucht der Geklagte dem klägerischen Begehren gegenüber geltend zu machen, Kläger hätte einen erlittenen Schaden und ein Verschulden des Geklagten nachweisen müssen; denn wenn dieses richtig wäre, dann würde die vertragsmässige Bestimmung einer Conventionalstrafe überflüssig sein, weil für verschuldeten Schaden schon nach allgemeinen Grundsätzen ohne besonderen Vertrag zu haften ist, und weil nach § 1298 ABG Demjenigen der Beweis obliegt, der vorgibt, dass er an der Erfüllung seiner vertragsmässigen Verbindlichkeit ohne sein Verschulden verhindert worden sei. Durch die Vereinbarung einer Conventionalstrafe hat der Kläger bereits sein Interesse an der genauen Erfüllung des Vertrages dem Geklagten gegenüber genügend klargelegt, und Sache des Geklagten könnte es nur sein, nachzuweisen, dass die Conventionalstrafe übermässig sei. Uebermässig wäre eine Conventionalstrafe nicht schon deshalb, weil sie höher als der erlittene Schaden erscheint, sondern dann, wenn sie zu dem Interesse, welches sich der Kläger durch die Conventionalstrafe sichern wollte, in keinem Verhältnisse stehen würde. Wenn nach dieser Anführung der Gerichtshof II. J. die Rechtsanschauungen des Geklagten für irrig und verfehlt, dagegen jene des Klägers im Wesentlichen für richtig anerkennt, vermochte er dem Begehren der Appellationsbeschwerde deshalb nicht stattzugeben und insoweit erscheint die Anführung des Geklagten erheblich, als sich darnach ergeben soll, dass der Geklagte wohl vertragsmässig verpflichtet war, bei sonstiger Conventionalstrafe ein Hopfenmagazin nach den Plänen und dem Kostenvoranschlage mit Fundamenten von der Tiefe per 1 Meter 20 Centimeter bis 1. September 1887 vollendet zu übergeben, derselbe aber nicht verpflichtet war, das Hopfenmagazin mit Fundamenten von bedeutend grösserer Tiefe binnen der Zeit bis 1. September 1887 zu vollenden. Da nun der Kläger selbst anführt, dass sich Geklagter verpflichtet hat, den Neubau nach den angefertigten Plänen und nach dem hierüber angefertigten Kostenvoranschlage in den in den Plänen und dem Kostenvoranschlage verzeichneten Massen auszuführen, der Geklagte dieses zugibt, sich jedoch darauf beruft, dass nach den dem klagserwähnten Baue zu Grunde gelegten Plänen und Kostenvoranschlägen die Fundamente des Gebäudes mit 1 Meter 20 Centimeter angenommen waren, und dass der Geklagte auf Grund der vorgenannten Pläne und des Kostenvoranschlages den Bau übernommen hat, und der Kläger diesen Umstand wider-

sprochen hat, musste auf den Beweis hierüber erkannt werden, und zwar in Ermanglung anderer Beweise durch den Haupteid. Wird dieser Beweis hergestellt und dadurch erwiesen sein, dass sich der Geklagte nur verpflichtet hat, ein Hopfenmagazin nach den Plänen und dem Kostenveranschlage mit Fundamenten von 1 Meter 20 Centimeter Tiefe bis 1. September 1887 vollendet zu übergeben und bei Nichteinhaltung dieser Verbindlichkeit eine Conventionalstrafe von täglich 25 fl. zu bezahlen, dann kann die Zahlung der Conventionalstrafe nicht verlangt werden, wenn, wie bereits erwiesen vorliegt, der Geklagte zu dem Hopfenmagazin in einer bedeutend grösseren Tiefe, und zwar, wie Anton L. angibt, von 4·5 Meter und noch mehr, nach Aussage des Carl L., Anton U. und Ferdinand E. mit 5 Meter 20 Centimeter bis 8 Meter 20 Centimeter, nach Angabe des Franz H. erst in grosser Tiefe die Fundamente mit grossen Schwierigkeiten herstellen musste, wozu nach Aussage der angeführten Zeugen ein Zeitraum von ungefähr drei Wochen mehr nöthig war. Dass diese tiefe Fundamentirung auf den ursprünglich abgeschlossenen Vertrag Einfluss hatte, ergibt sich daraus, dass nach Angabe des Anton L. ad W. A. 6 das Ausgraben der Fundamente bis zu jener Tiefe, wo gewachsenes Bauterrain vorfindig war, in Regie des Leopold K. durchgeführt wurde, welcher bei den jeweiligen Vermessungen und überhaupt stets während der Arbeit zugegen war, nach Aussage des Carl L. ad W. A. 22. dieser Zeuge die Tiefe in Gegenwart des Leopold K. vermessen, Letzterer sich die Masse abgelesen und notirt und Zeuge dann die erhobenen Masse in die Kanzlei des Josef P. abgegeben hat, wo sie verrechnet wurden. Zeuge hat selbst die von Josef P. verrechneten Mehrarbeiten dieser Fundamente dem Leopold K. übergeben, und hat derselbe dem Zeugen den auf die Mehrarbeiten entfallenden Betrag ausgezahlt. Wilhelm O. bestätigt ad W. A. 6, dass die Frage im W. A. 6, welche lautet: Wahr, Zeuge Josef P., Baumeister in S., hat sich dem Leopold K., Hausbesitzer in S., gegenüber erboten, für besondere Rechnung die Fundamente für den Bau des Hopfenmagazins bei dem Hause C.-Nr. 209 in S. des Leopold K. bis zu jener Tiefe auszugraben und herzustellen, wo gewachsenes sicheres Bauterrain vorfindig werde, richtig ist, weil Zeuge zugegen war, wie Josef P. dem Leopold K. das betreffende Anerbieten gemacht hat, und ad W. A. 7 hat der Zeuge bestätigt, dass Leopold K. mit dem Anerbieten des Josef P. einverstanden war. Nach diesem würde es sich um eine Aenderung in dem ursprünglich herzustellenden Werke handeln, da ein Mehr von Arbeiten zu leisten wäre, welche natürlich auch eine längere Zeit in Anspruch nehmen, und da nicht hervorkommt, dass auch nach Eintritt dieses neu hervorgekommenen Hindernisses ausdrücklich die Lieferzeit und die Conventionalstrafe aufrecht erhalten worden wäre, da im Zweifel anzunehmen ist, dass der Geklagte die geringere Verpflichtung auf sich nahm, muss auch diesem Sachverhalte Rechnung getragen werden.

Ueber die theils o., theils a. o. Revisionsbeschwerde des Klägers hat der OGH der a. o. Revisionsbeschwerde keine Folge zu geben, über die o. Revisionsbeschwerde aber in theilweiser Abänderung des oberlandesgerichtlichen U. jenes der ersten Instanz im Absatze 1 wieder herzustellen, bezüglich des Theilbetrages von 330 fl. aber den bedingten oberlandesgerichtlichen Zuspruch aufrecht zu erhalten befunden.

Gründe:

Die Anschauung des Klägers, das OLG sei über das Appellationsbegehren des Geklagten hinausgegangen, muss als unrichtig bezeichnet werden; denn dieses Begehren war ganz allgemein auf Abänderung des erstgerichtlichen U. gerichtet, das OLG war hiernach und mit Rücksicht auf die gleichzeitige Appellation des Klägers nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, das gesammte Processmateriale seiner E. zu Grunde zu legen. Belangend aber die oberlandesgerichtliche E. selbst, so kann der Anschauung, dass der Geklagte nur dann zur Zahlung der Conventionalstrafe verpflichtet sei, wenn er nicht zu beweisen vermag, dass bei Abschluss des Bauvertrages die Fundamente des zu errichtenden Gebäudes mit einer Tiefe von 1 Meter 20 Centimeter angenommen wurden, nicht beigepflichtet werden. Der Geklagte hat selbst angeführt, dass die Annahme dieser Tiefe bei Verfassung der Pläne und Kostenüberschläge nicht auf der Untersuchung des Baugrundes beruhte, sondern dass die Fundamente mit einer, ähnlichen Bauten entsprechenden, also normalen Tiefe von 1 Meter 20 Centimeter angenommen wurden. Es war daher der Ansatz dieser Tiefe nur ein annäherungsweiser, und musste der Geklagte als Baumeister die Möglichkeit voraussehen, dass die angenommene (approximative) Tiefe den thatsächlichen Verhältnissen nicht entsprechen werde. Hat er gleichwohl trotzdem sich verpflichtet, den Bau bis 1. September 1887 zu vollenden und für den Fall der Nichteinhaltung dieser Frist eine Conventionalstrafe zu bezahlen, so kann er aus dem Umstande, dass die von ihm blos approximativ angenommene Tiefe den thatsächlichen Verhältnissen nicht entsprach, eine Einwendung nicht ableiten, zumal zugestandenermassen die Conventionalstrafe vertragsgemäss dann zu zahlen war, wenn die Frist aus welchem Grunde immer — mit blosser Ausnahme von Elementarereignissen — nicht eingehalten würde, und der Geklagte gar nicht behauptet, dass bei der mit dem Kläger über die Herstellung der in Folge der Terrainverhältnisse nothwendig gewordenen Mehrarbeiten bei der Fundamentirung des Baues getroffenen Vereinbarung die Bestimmung des Bauvertrages über die Conventionalstrafe eine Abänderung erlitten hätte. Hierbei wird mit Rücksicht auf die Bemerkung in der Revisionseinrede, die Vereinbarung über die Conventionalstrafe müsse von dem Bauvertrage selbst vollständig getrennt werden, darauf hingewiesen, dass sich die Verpflichtung des Geklagten zur Herstellung des

Gebäudes binnen der bestimmten Zeit und zur Zahlung einer Conventionalstrafe bei Ueberschreitung der Frist als Gegenleistung der Verbindlichkeit des Klägers zur Zahlung der vereinbarten Bausumme darstellt, dass somit der Bauvertrag in allen seinen Punkten als ein zweiseitiger Vertrag aufzufassen ist. Es entspricht daher das oberlandesgerichtliche U. nicht der Sachlage. Wird nun auf die Appellationsbeschwerden beider Streittheile eingegangen, so erscheint keine derselben zur Berücksichtigung geeignet. Belangend die Anschauung des Geklagten, es sei dem Kläger obgelegen, darzuthun, dass er durch die — zugestandene — Verzögerung des Baues einen Schaden erlitten hat, so genügt es diesfalls, auf die sachgemässe, diese Einwendung widerlegende Begründung hinzuweisen. Betreffend aber die klägerischerseits angefochtene richterliche Mässigung des vereinbarten Betrages, so findet diese ihre Rechtfertigung in dem von dem Revisionswerber selbst in seiner Appellationsbeschwerde aufgestellten Grundsatze, dass von der Uebermässigkeit der Conventionalstrafe im Allgemeinen nur dann die Rede sein kann, wenn sie zu dem durch die Nichterfüllung oder nicht gehörige Erfüllung der Verbindlichkeit entstandenen Schaden in keinem Verhältnisse steht. Der Geklagte hat nun diesfalls behauptet, es sei dem Kläger gar kein Schaden erwachsen, und diesfalls den Beweis durch den Zeugen Siegfried R. geführt. Dieser Beweis ist zwar nicht gelungen, dagegen hat dieser Zeuge bestätigt, und der Kläger hat diesen Umstand in seiner Appellationsbeschwerde zugegeben, dass der Kläger an Siegfried R., den Miether des Neubaues, blos einen Ersatz im Betrage von 50 fl. leistete. Allerdings ist weder dieser Betrag allein, noch die Höhe des Zinses an und für sich massgebend für die Herabsetzung der vertragsmässig festgesetzten Ziffer, da auch der unbestrittene Umstand in Betracht zu ziehen ist, dass Hopfenmagazine und Dörren nicht das ganze Jahr über benützt werden; allein beide Momente sind geeignet, einen Schluss auf die Angemessenheit der Conventionalstrafe zu gestatten. Mit Rücksicht auf den vorliegenden Sachverhalt aber erscheint der erstrichterlich festgesetzte Betrag von 220 fl. angemessen. Es ist daher weder das die Erhöhung dieses Betrages beziehungsweise den unbedingten Zuspruch des vollen Betrages von 550 fl. anstrebende a. o. Revisionsbegehren des Klägers bei Abgang der Voraussetzungen des Hofd. vom 15. Februar 1833, JGS Nr. 2593, zur Beachtung geeignet, noch die auf weitere Ermässigung gerichtete Appellation des Geklagten. Aus dem vorstehend Erörterten ergibt sich zunächst die Zurückweisung der a. o. Revisionsbeschwerde des Klägers, sowie in Berücksichtigung des o. Revisionsbegehrens desselben die Wiederherstellung des Absatzes 1 des erstgerichtlichen U. Auf die Wiederherstellung des ersten Absatzes des erstgerichtlichen U. muss sich aber die Abänderung des oberlandesgerichtlichen U. beschränken, während in Betreff des erstgerichtlich unbedingt aberkannten Betrages von 330 fl. der oberlandesgerichtliche bedingte Zuspruch aufrecht zu

bleiben hat, da der Geklagte eine Revisionsbeschwerde nicht anbrachte, somit in Betreff dieses Betrages eine Abänderung zu Ungunsten des Klägers nicht statthaft erscheint.

2915.

Nur das Zugehör eines einen selbstständigen Grundbuchskörper bildenden Gutes, nicht mehrerer zufällig einer Person gehöriger, mehrere Grundbuchskörper bildenden kleineren Liegenschaften, ist executionsfrei.

E. v. 25. October 1892, Z. 12446. — (NZ 48 ex 92, Seite 307.)

I. BG Bensen.
II. OLG Prag.

Die I. J. hat dem Gesuche des A um Ausscheidung der in dem in der Executionssache des B gegen C aufgenommenen Pfändungsprotocolle angeführten zwei Kühe und des Kastenwagens als Zugehör der dem C gehörigen Liegenschaften nicht stattgegeben; denn wenn Vieh und Geräthschaften das Zugehör eines liegenden Gutes bilden, so sind diese Gegenstände nach § 293 bis 297 ABG selbst als unbewegliche Sachen zu betrachten, sie können nach § 3 der Exec.-Nov., nur mit der Liegenschaft selbst in Execution gezogen werden, bilden also einen grundbücherlichen Bestandtheil des liegenden Gutes. Es genügt demnach nicht, dass die Grundstücke, welche einen fundus instructus erfordern, eine wirthschaftliche Einheit sind, um den fundus instructus als deren Zugehör zu erklären, sondern die Grundstücke müssen auch eine grundbücherliche Einheit bilden, insoweit sich nicht etwa der fundus instructus auf einzelne Grundbuchskörper vertheilen lässt. Im vorliegenden Falle handelt es sich aber nicht um ein einen einzigen Grundbuchskörper bildendes Gut, sondern um die dem C gehörigen Liegenschaften, für welche vier Grundbuchseinlagen Z. 104, 161, 206 und 308 des Grundbuches für die Gemeinde H. eröffnet sind, die eine verschiedene Belastung aufweisen, in Folge dessen die Vereinigung zu einem Grundbuchskörper ausgeschlossen ist. Durch das Gutachten der vernommenen Sachverständigen im landwirthschaftlichen Fache ist wohl sichergestellt, dass diese 4 Grundbuchskörper zusammengenommen, da sie 7 Strich Acker und Wiese umfassen und auch die nöthigen Wirthschaftsräumlichkeiten vorhanden sind, als Zugehör zwei Kühe und einen Wagen nothwendig haben, dass jedoch keiner der einzelnen Grundbuchskörper für sich einen derartigen Umfang hat, nämlich 3 Strich Acker und Wiese, um auch nur eine Kuh zu erhalten, umsoweniger das Halten eines Wagens zu rechtfertigen. Das Gesuch des A um Ausscheidung der oben bezeichneten Gegenstände aus dem Protocolle über das dem C gepfändete bewegliche Vermögen stellt sich sohin als unbegründet dar, weshalb demselben nicht stattgegeben wird.

Dem Recurse des A hat die II. J. stattgegeben und den angefochtenen B. dahin abgeändert, dass die Ausscheidung der in dem gegen C aufgenommenen Pfändungsprotocolle angeführten zwei Kühe und des Kastenwagens als Zugehör der dem C gehörigen Liegenschaften bewilligt wird; weil diese Sachen nach dem Gutachten der Sachverständigen als ein Zugehör der dem Executen gehörigen Liegenschaften angesehen werden müssen, somit gemäss des § 3 der Exec.-Nov., nur mit dieser Liegenschaft selbst in Execution gezogen werden können, wobei richtig das Gesammtausmass der dem Executen gehörigen Grundstücke dem Gutachten der Sachverständigen zu Grunde gelegt wurde, und der Umstand, dass dieselben in mehreren bücherlichen Einlagen eingetragen erscheinen, keine besondere Berücksichtigung fand, da der offenbar volkswirthschaftliche Gesichtspunkt, welcher der gesetzlichen Bestimmung des § 3 des obcitirten Gesetzes zu Grunde liegt, einer Beschränkung dieser Bestimmung nur auf die in einer einzigen bücherlichen Einlage eingetragenen Grundstücke entgegensteht.

Ueber den Revisionsrecurs des B hat der OGH den erstrichterlichen B. in der Erwägung, dass nach § 296 ABG alles Vieh und alle zu einem liegenden Gute gehörigen Geräthschaften insoferne für ein Zugehör dieses liegenden Gutes gehalten werden, als sie zur Fortsetzung des o. Wirthschaftsbetriebes erforderlich sind, und nach § 5 der Exec.-Nov. das auf einer Liegenschaft befindliche Zugehör derselben nur mit dieser Liegenschaft selbst in Execution gezogen werden darf; und in der Erwägung, dass sich hieraus ergibt, dass unter einer Liegenschaft in Ansehung des Zugehörs nur ein einziger Grundbuchskörper, nicht aber auch mehrere zufällig im Besitze einer Person befindliche, mehrere Grundbuchskörper bildende Liegenschaften zu verstehen sind, aus den hiernach richtigen erstrichterlichen Gründen wieder herzustellen befunden.

2916.

Wenn die Gattin durch das Benehmen des Mannes einer Gefahr für ihre körperliche Integrität ausgesetzt ist, kann sie auch dann zur Rückkehr in den Wohnort des Mannes nicht verhalten werden, wenn sie gegen denselben keine Scheidungsklage eingebracht hat.

E. v. 25. October 1892, Z. 12541. — (GZ 18 ex 93, Seite 151.)

I. st.-del. BG Laibach.
II. OLG Graz.

Auf Grund der gepflogenen Erhebungen, durch welche festgestellt wurde, dass A seine Gattin misshandelte, beschimpfte und lebensgefährlich bedrohte, wurde das Gesuch des A um Beauftragung seiner Ehegattin zur Rückkehr in die eheliche Gemeinschaft in I. J. abgewiesen.

Das OLG hat diesem Gesuche stattgegeben und der Gattin aufgetragen, binnen 14 Tagen in den Wohnsitz ihres Mannes zurückzukehren; dies in der Erwägung, dass die Gattin gemäss § 92 ABG verpflichtet ist, dem Gatten in seinen Wohnsitz zu folgen und ihm in der Haushaltung nach Kräften beizustehen; dass es den Ehegatten nach § 93 ibidem keineswegs gestattet ist, die eheliche Gemeinschaft, obgleich sie unter sich darüber einig wären, eigenmächtig aufzuheben; dass es der Gattin, wenn sie aus was immer für Gründen berechtigt zu sein glaubt, die Scheidung ihrer Ehe von Tisch und Bett und die provisorische Bewilligung eines abgesonderten Wohnortes zu begehren, bevorsteht, die Scheidungsklage einzubringen und um die sogleiche Bewilligung eines abgesonderten Wohnortes anzusuchen; dass aber, insolange ein diesfälliges Begehren ihrerseits nicht vorliegt, in eine Würdigung der Umstände, die sie betreffend die Behandlung von Seite des A vorgebracht hat, nicht eingegangen werden kann, und dass eine Abweisung des Ansuchens des A einer Genehmigung der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft gleichkäme, welche aber ohne Scheidungsklage nicht ertheilt werden kann.

Der OGH hat die E. I. J. wieder hergestellt; denn, wenn auch nach § 92 ABG die Gattin verbunden ist, dem Manne in seinen Wohnsitz zu folgen, in dem vorliegenden Falle aber solche Umstände erwiesen vorliegen, unter denen die Gattin, wenn dem Ansinnen ihres Mannes Folge gegeben und sie verhalten würde, zu demselben zurückzukehren, der Gefahr für ihre körperliche Integrität oder für ihr Leben ausgesetzt wäre, wozu der Richter nicht die Hand bieten kann, da er gesetzlich nicht nur zur Handhabung des dem Ehemanne nach § 92 ABG zustehendes Rechtes, sondern auch zum Schutze der durch das Verhalten des Mannes bezüglich ihrer körperlichen Integrität und des Lebens bedrohten Gattin berufen ist.

2917.

In Bestandstreitigkeiten ist eine Vereinbarung auf ein anderes, als das nach dem Gesetze zuständige Gericht ausgeschlossen.

E. v. 25. October 1892, Z. 12677. — (GZ 2 ex 93, Seite 15.)

I. st.-del. BG f. d. Alt- und Josefstadt Prag.
II. OLG Prag.

Die Klage des A gegen B, Pächter eines Hofes im Bezirke Reichenau, wegen Erlages einer Pachtcaution von 5000 fl., in welcher behauptet wird, dass sich beide Theile zur Austragung eines aus dem zwischen ihrem abgeschlossenen Pachtvertrage entstandenen Streites auf das st.-del. BG für die Alt und Josefstadt in Prag verglichen haben, wurde von der I. J. zur summarischen Verhandlung nach der kais. Vdg. vom 16. November 1858, RGB Nr. 213, verbeschieden.

Ueber Recurs des B hat das OLG die Klage wegen Unzuständigkeit des genannten BG zurück- und an das zuständige Gericht gewiesen, weil es sich nach Inhalt der Klage und des demselben beigelegten Pachtvertrages um eine Streitigkeit aus einem Bestandvertrage handelt, nach § 1 der kais. Vdg. vom 16. November 1858, RGB Nr. 213, aber alle Streitigkeiten aus Bestandverträgen ohne Unterschied demjenigen BG, in dessen Sprengel der Bestandgegenstand liegt, zugewiesen sind, daher in solchen Streitigkeiten selbst eine Vereinbarung beider Theile auf ein anderes als das nach dem Gesetze zuständige Gericht (§ 47 der JN) ausgeschlossen erscheint, weil ferner der Bestandgegenstand nicht im Sprengel des st.-del. BG, bei welchem die vorstehende Klage eingebracht wurde, gelegen ist, daher dieses BG zur Verhandlung und E. der erwähnten Streitsache offenbar unzuständig ist.

Der OGH hat die obergerichtliche E. unter Verweisung auf deren richtige Begründung mit dem Beifügen bestätigt, dass aus der Ausnahmsbestimmung des § 4 Al. 2 des Gesetzes über das Bagatellverfahren eine Folgerung zu Gunsten des vorliegenden Falles nicht abgeleitet werden kann.

2918.

Insolange der Nachlass eines Verstorbenen gerichtlich nicht eingeantwortet ist, sind die Klagen wegen Erfüllung der Verpflichtungen des Verstorbenen nicht gegen seine erbserklärten Erben, sondern wider die Nachlassmasse zu richten.

E. v. 26. October 1892, Z. 11822. — (GH 24 ex 93, Seite 208.)

Die Brüder A, B, C haben von Dr. L. 2000 fl. dargeliehen erhalten und sich in einem Notariatsacte solidarisch verpflichtet, die oberwähnte Summe an einem bestimmten Tage zurückzuzahlen.

C starb kinderlos ohne Hinterlassung einer letztwilligen Anordnung und zu seinem Nachlasse haben sich dessen Brüder A, B, D und E erbserklärt.

Als nun der Zahlungstag betreffs der dargeliehenen Summe von 2000 fl. fruchtlos verstrichen war, hat Dr. L. auf Grund der kais. Vdg. vom 21. Mai 1855, RGB Nr. 95, die Zahlungsauflage wider A, B, D, E erwirkt.

Ueber den Recurs des E wurde die Zahlungsauflage dahin richtiggestellt, dass D, E die Summe von 2000 fl. zwar solidarisch mit A, B, jedoch nur in der Eigenschaft als Erben des C und nach Kräften der Verlassenschaft desselben zu zahlen haben. Ueber den weiteren Recurs des E, in welchem nachgewiesen wurde, dass der Nachlass des C noch nicht eingeantwortet sei und E angesichts der Solidarhaftung des C mit A, B in die Lage kommen dürfte, dass sein ganzer Erbtheil zur Befriedigung der Summe per 2000 fl. verwendet werden könnte, hat der OGH die Zahlungsauflage, insofern dieselbe den Recurrenten betrifft, behoben und Dr. L.

mit seinem Begehren betreffs des E abgewiesen, weil die gegen die erbserklärten Erben des C persönlich gerichtete Klage, somit auch wider den Recurrenten E verfehlt ist. Angesichts der noch nicht erfolgten Einantwortung des Nachlasses C ist sein erbserklärter Erbe E noch nicht persönlich verpflichtet und kann blos als Vertreter des Nachlasses C angesehen werden. Die Klage war daher nicht gegen E als erbserklärten Erben, sondern gegen die Verlassenschaft nach C einzubringen.

2919.

Begriff des groben Verschuldens im Sinne des § 45 des Unfallversicherungsgesetzes.

E. v. 2. November 1892, Z. 11343. — (JB 52 ex 92, Seite 623.)

I. KG Wels.

II. OLG Wien.

Die I. J. hat in der Rechtssache der Arbeiter-Unfallversicherungsanstalt für Oberösterreich, Salzburg, Tirol und Vorarlberg in Salzburg gegen A. B., Maurermeister in W., zu Recht erkannt:

Der Geklagte sei schuldig, den Capitalswerth für die der Marie F., Taglöhnerin, früher in W., mittelst E. vom 15. October 1890 Z. 10511/751 als dauernd theilweise erwerbsunfähig zuerkannte 25percentige Invalidenrente ihres mit 189 fl. angenommenen Jahresarbeitsverdienstes per 47·25 fl. jährlich mit dem für den 31. December 1890 berechneten Betrage von 679·45 fl. ö. W. sammt den gesetzlichen 5 Percent Verzugszinsen seit 16. December 1890, als dem Tage nach der Mahnung an die von dem hohen Ministerium des Innern errichtete „Arbeiter-Unfallversicherungsanstalt für Oberösterreich, Salzburg, Tirol und Vorarlberg in Salzburg" als Klägerin, bei Executionsvermeidung zu bezahlen.

Gründe:

Der Geklagte hat in der Duplik als richtig anerkannt, dass die Taglöhnerin Marie F., wie auch durch den am 3. Februar 1892 über Ansuchen des Geklagten neuerlich vorgenommenen Sachverständigenbeweis nachgewiesen ist, als dauernd theilweise erwerbsunfähig anzusehen sei, und dass derselben monatlich die Rente per 3 fl. 93$^1/_2$ kr. von der Klägerin bezahlt werden musste. Nach § 45 des Unfallversicherungsgesetzes vom 28. December 1887, RGB Nr. 1, vom Jahre 1888, hat nun der Betriebsunternehmer, wenn er oder im Falle seiner Handlungsunfähigkeit sein gesetzlicher Vertreter den Unfall vorsätzlich oder durch grobes Verschulden herbeigeführt hat, die Versicherungsanstalt für alle von derselben auf Grund dieses Gesetzes zu leistenden Entschädigungen schadlos zu halten. Geklagter war auch, wie er selbst zugegeben hat, als Inhaber eines Baugewerbes verpflichtet, seinen Betrieb als unfallversicherungspflichtig an-

zumelden, und erscheinen trotz Unterlassung dieser Anmeldung die bei ihm bediensteten Arbeiter schon vom Tage der Wirksamkeit obigen Gesetzes, das ist vom 1. November 1889 ab, gegen die Folgen der beim Betriebe sich ereignenden Unfälle versichert und ist demnach auch Marie F. zur Zeit, als sich der Unfall ereignete, nach §§ 1 und 5 des Unfallversicherungsgesetzes auf den durch dieses Gesetz bestimmten Ersatz des Schadens versichert gewesen. Ueber diese nicht bestrittenen Punkte wurde nun vom Geklagten die Einwendung gemacht, dass ihn an dem der Marie F. zugestossenen Unfalle ein grobes Verschulden nicht treffe, und daher die Voraussetzungen des von der Klägerin erhobenen Regressanspruches nicht gegeben seien. Es hängt demnach die E. dieses Rechtsstreites nur von der Frage ab, ob den Geklagten bei diesem Unfalle der Marie F. ein Verschulden überhaupt und in welchem Grade treffe. Dass den Geklagten nun ein Verschulden treffe, gibt derselbe selbst zu und ist auch durch das Strafurtheil des st.-del. BG in W. nachgewiesen, indem derselbe der Uebertretung gegen die Sicherheit des Lebens nach § 335 St.-G. schuldig erkannt wurde. Es muss die Behauptung des Geklagten als richtig zugegeben werden, dass die Verurtheilung nach § 335 Str.-G. auch dann erfolgen könne, wenn auch nur ein leichtes Verschulden des Angeklagten vorliegt, und dass aus der Verurtheilung nach § 335 St.-G. an und für sich noch nicht sich ergibt, es müsse ein grobes Verschulden, eine auffallende Sorglosigkeit vorgewaltet haben. Zur E., ob nun dem Geklagten eine auffallende Sorglosigkeit, ein grobes Verschulden zur Last fällt, müssen die einzelnen Umstände in Betracht gezogen werden. Nach obgenanntem Strafurtheile und dessen Gründen, auf welches beide Streittheile sich stützen, wurde der Geklagte schuldig erkannt, dass er in seiner Eigenschaft als Bauführer bei dem städtischen Kaiser Franz Josef-Volksschulbau in W. die Wölbungen in dem mittleren, breiteren Theile des Längenhauptganges. insbesondere die Gewölbeplatzeln des zweiten Stockwerkes in fehlerhafter, unfachmännischer Weise ausgeführt hat, diese Bauarbeiten im December 1889 bei anfallendem Froste vornehmen liess und für die solide und genaue Herstellung dieser Mauerwerke nicht Sorge getragen hat. Wie nun schon aus dieser Urtheilssentenz, insbesondere aus den Gründen dieses Urtheils zur Genüge hervorgeht, wurden dem Geklagten mehrere Umstände zur Last gelegt, welche zusammengenommen schon über die Grenze eines leichten Verschuldens weitaus hinausreichen. Geklagter hat nun selbst, wie auch in den strafgerichtlichen Gründen erwähnt ist, in der Einrede ausdrücklich zugegeben, dass ihm wiederholt Bedenken gekommen sind, welche er auch gegenüber dem Bauleiter Franz H. geäussert habe, nämlich ob diese Construction des Gewölbes, welches eingestürzt ist, auch richtig und sicher genug sei, dass aber diese seine Bedenken ungehört blieben. Geklagter war als Bauführer mit der Ausführung der von ihm übernommenen Arbeiten betraut und demnach

nach der Bauordnung und auch nach den gewöhnlichen Verhältnissen für Alles verantwortlich, was durch irgend ein Versehen geschieht; einem Bauführer liegt demnach eine viel grössere Obsorge ob, wie es auch im § 1299 ABG ausdrücklich enthalten ist, und hat derselbe als solcher demnach nicht blos die gewöhnlichen, sondern auch die allfällig bei solchen Bauten eintretenden besonderen Umstände in Erwägung zu ziehen. Wenn nun auch zugegeben werden muss, dass ein grosser Theil seines Verschuldens auch den Franz H. als Techniker und Bauleiter trifft, so kann das Verschulden des Angeklagten, welcher die Bedenklichkeit selbst wahrgenommen hat und dessen Pflicht es gewesen wäre, an massgebender Stelle gegen den Bauleiter die Erklärung der Nichtvornahme wegen vorhandener Gefahr abzugeben, nur als eine auffallende Sorglosigkeit bezeichnet werden. Wenn nun Geklagter behauptet, dass auch bei diesem Bau noch andere Gewölbe ähnlich dem eingestürzten vorgenommen und bei der Collaudirung nicht beanständet wurden, so ist durch die Beilagen, nämlich die amtliche Tabelle 8 und das Collaudirungsprotocoll Nr. 9 vom 31. Jänner 1891, Z. 164, gegen welche in der Wesenheit von beiden Streittheilen keine Einwendung gemacht wurde, und welche, da selbe im amtlichen Auftrage verfasst, vollen Glauben verdienen, nachgewiesen, dass Abweichungen von dem genehmigten Bauplane stattgefunden haben, und nur, weil keine Spur von Schadhaftigkeit sich zeigte, ein weiterer Anstand nicht erhoben wurde. Gerade dieser Umstand, dass Abweichungen vom Bauplane stattfanden, musste dem Geklagten eine noch grössere Sorgfalt auferlegen, daher dessen Verschulden auch als auffallende Sorglosigkeit zu bezeichnen ist. Die in der Einrede vom Geklagten neuerlich angebotenen Sachverständigenbeweise, nämlich dass der Zirkel des eingestürzten Gewölbeplatzes im Allgemeinen sicher und zulässig erkannt werden musste, dass daher ein Kunstfehler in der Ausführung eines derartigen Gewölbes nicht erblickt werden könne, und dass das Bauen zur Winterszeit bei Anwendung besonderer Vorsicht und genauer Arbeit als zulässig erkannt werden müsse, können auf die E. dieser Rechtssache keinen Einfluss haben, weil, zugegeben, dass diese Umstände auch durch die Sachverständigen bestätigt wurden, hierdurch keineswegs erwiesen wäre, ob nicht gerade bei dem eingestürzten Gewölbe ein Fehler geschehen ist, und ob beim Bau zur Winterszeit, wozu eine Nothwendigkeit nicht vorlag, die vom Geklagten angeführten Vorsichtsmassregeln befolgt wurden. Wenn ferner auch bei Bemessung des Schmerzensgeldes nach § 1325 ABG im Allgemeinen der Grad der Verletzung nicht in Betracht kommt, so geht doch auch aus dem inrotulirten U. des st.-del. BG W., auf welches sich doch beide Theile theilweise berufen, wenn auch Geklagter behauptet, dass der Grad des Verschuldens aus demselben nicht in Betracht gezogen werden dürfe, hervor, dass dem Geklagten bei dem fraglichen Unfalle eine auffallende Sorglosigkeit zur Last falle. Diese Sorglosigkeit

kann auch durch die von der Klägerin nicht bestrittenen, vom Geklagten angeführten Umstände, dass Johann W. ein sehr pflichttreuer und thätiger Polier war, und dass Geklagter wegen seines leidenden Zustandes die Leitern nicht besteigen und alle Arbeiten selbst unmöglich überwachen konnte, nicht vermindert werden, da er verpflichtet war, sein Personale genau zu überwachen und besonders bei diesem Gewölbe, bezüglich dessen ja Geklagter selbst schon Bedenken hatte, seine Verantwortlichkeit eine desto grössere war. Wie nun aus dem § 1324, insbesondere § 1331 ABG hervorgeht, so ist eine auffallende Sorglosigkeit gleich einem groben Verschulden, nämlich die Vernachlässigung selbst jener Aufmerksamkeit, welche ein minder vorsichtiger Mensch anzuwenden pflegt, und Geklagter umsomehr in seiner Eigenschaft als Bauführer anzuwenden gehabt hätte; es muss demnach unter den vorliegenden Umständen dieses Verschulden des Geklagten als ein grobes bezeichnet werden, für welches Geklagter als Betriebsunternehmer, selbst wenn der Unfall durch seinen gesetzlichen Vertreter veranlasst worden wäre, nach § 45 des Unfallversicherungsgesetzes haftet. Es war demnach dem Klagebegehren stattzugeben.

Die gegen dieses U. seitens des Geklagten ergriffene Appellation hat die II. J. unter Hinweis auf die erstrichterlichen, der Rechts- und Sachlage entsprechenden Gründe und in der weiteren Erwägung bestätigt, dass nach § 45 des Gesetzes vom 26. December 1887, RGB Nr. 1 ex 1888, der Betriebsunternehmer, wenn er einen Unfall, worunter schon dem allgemeinen Sprachgebrauche nach jede Handlung oder Unterlassung zu verstehen ist, wodurch Menschenleben in Gefahr kommen können, herbeigeführt hat, die Versicherungsanstalt für alle von ihr auf Grund dieses Gesetzes zu leistenden Entschädigungen, und zwar sowohl für die von ihr vor als nach der Erhebung des Capitalswerthes zu leistenden Renten, rücksichtlich nach statutenmässiger Berechnung des Capitalswerthes für diesen selbst schadlos zu halten hat.

Der OGH hat der eingebrachten a. o. Revision keine Folge gegeben.

Gründe:

Nach dem Hofd. vom 15. Februar 1833, JGS Nr. 2593, könnte der a. o. Revisionsbeschwerde des Geklagten nur dann stattgegeben und mit einer Aufhebung oder Abänderung der gleichförmigen U. der beiden unteren Instanzen, mit welchen dem Klagebegehren unbedingt und zur Gänze stattgegeben wurde, nur unter der Voraussetzung vorgegangen werden, dass in denselben eine Nichtigkeit oder offenbare Ungerechtigkeit wahrzunehmen wäre. Diese Voraussetzung trifft jedoch im vorliegenden Falle keineswegs zu. Denn eine Nichtigkeit wird von dem Revisionswerber gar nicht behauptet, und hat sich eine solche bei Prüfung der Acten nicht ergeben. Aber auch eine offenbare Ungerechtigkeit ist in den untergerichtlichen U. nicht zu finden. Wenn auch der Geklagte als Be-

triebsunternehmer nach § 45 Alinea 1 des Gesetzes vom 28. December 1887, RGB Nr. 1, vom Jahre 1888, der klagenden Arbeiter-Unfallversicherungsgesellschaft nur dann zur Schadloshaltung für die von derselben der Marie F. zu leistende Entschädigung verbunden ist, wenn derselbe den Unfall, welchen Marie F. am 17. Jänner 1890 bei dem von ihm geführten Bau der Kaiser Franz Josef-Volksschule in W., welcher die schwere Körperverletzung und in Folge derselben die bleibende partielle Arbeitsunfähigkeit der Marie F. zur Folge hatte, erlitt, vorsätzlich oder durch grobes Verschulden herbeigeführt hat, so kann es doch nicht als ungerecht, geschweige denn als offenbar ungerecht angesehen werden, wenn die beiden unteren Instanzen ein solches grobes Verschulden des Geklagten als vorliegend angenommen haben. Denn mit dem rechtskräftig gewordenen Strafurtheile des st.-del. BG in W. wurde der Geklagte wegen dieses Unfalles vom 17. Jänner 1890, bei welchem Mathias N. und Marie F. schwere körperliche Beschädigungen erlitten haben, der Uebertretung gegen die Sicherheit des Lebens nach § 335 St.-G. schuldig erkannt, und es wurde nach diesem Strafurtheile ein dreifaches Verschulden des Geklagten als vorhanden angenommen. Es muss nun wohl erkannt werden, dass § 45 Alinea 1 des citirten Arbeiter-Unfallversicherungsgesetzes nicht ein noch gröberes Verschulden, eine noch grössere, auffallendere Sorglosigkeit (§§ 1324 und 1331 des ABG) zur Voraussetzung hat, als ein solches ist, welches sogar die strafgerichtliche Verfolgung und Verurtheilung des Betriebsunternehmers nach § 335 St.-G. zur Folge gehabt hat. Ebensowenig ungerecht als die Annahme eines groben Verschuldens auf Seite des Geklagten erscheint aber auch die Zurückweisung der weiteren Einwendung desselben, dass die klagende Arbeiter-Versicherungsanstalt deshalb, weil sie bereits mit der früher eingebrachten Klage vom 18. Jänner 1891 ihn bei dem st.-del. BG in W. auf Ersatz der von ihr für die Zeit vom 14. Februar bis 31. December 1890 der Marie F. geleisteten Entschädigungssumme von 71 fl. 61$^1/_2$ kr. ö. W. (insbesondere der für die Zeit vom 29. Juli bis 31. December 1890 entfallenden 25percentigen Rente (Quote) von 19 fl. 94$^1/_2$ kr. ö. W. des mit 189 fl. ö. W. angenommenen Jahresarbeitsverdienstes der Marie F.) belangt hat, nicht mehr berechtigt ist, im Sinne des § 45 Alinea 3 des citirten Arbeiter-Unfallversicherungsgesetzes als Ersatz für die Rente deren Capitalswerth zu fordern, weshalb das mit der vorliegenden Klage vom 24. September 1891 gestellte diesfällige Begehren abzuweisen wäre. Denn nach § 45 Alinea 1 des citirten Gesetzes ist der Betriebsunternehmer, welcher den Unfall vorsätzlich oder durch grobes Verschulden herbeigeführt hat, verpflichtet, die Versicherungsanstalt für alle von derselben auf Grund dieses Gesetzes zu leistenden Entschädigungen schadlos zu halten. Nach § 45 Alinea 3 des citirten Gesetzes aber erscheint die Versicherungsanstalt berechtigt, jenen Capitalswerth der Rente zu fordern, welcher nach den

für die Gebahrung der Versicherungsanstalt geltenden Grundlagen zu berechnen ist. Diese Grundlagen bilden für die klagende Versicherungsanstalt deren behördlich festgesetzte rücksichtlich genehmigte Statuten (Beilage D der Klage). Da nun nach den §§ 42 und 43 dieser Statuten die Berechnung der Capitalsdeckung in Ansehung der für Marie F laut der E. vom 15. October 1890 flüssig gewordenen Rente von 47 fl. 25 kr. jährlich, oder 3 fl. 93$^{1}/_{2}$ kr. ö. W. monatlich nach dem Stande vom 31. December 1890 zu erfolgen hatte, und das berechnete Bedeckungscapital mit 697 fl. 45 kr. ö. W. seitens der klagenden Versicherungsanstalt nicht blos in die Betriebsrechnung einzustellen, sondern sogar mit 31. December 1890 als erlegt auszuweisen war, so folgt daraus, dass die vor dem 31. December 1890 von der klagenden Versicherungsanstalt an Marie F. gezahlten Beträge von zusammen 71 fl. 61$^{1}/_{2}$ kr. ausser den Rahmen dieses Bedeckungscapitales fallen, dessen Ersatz von dem geklagten Betriebsunternehmer erst dann gefordert werden konnte, als dasselbe auf Grund der für dessen Berechnung staatlich genehmigten Grundlagen nach mathematischen Grundsätzen für die am Schlusse des Rechnungsjahres in Kraft stehenden Rentenansprüche ermittelt und in der Betriebsrechnung ausgewiesen war. Hiernach aber erscheint durch die Geltendmachung des Anspruches auf Ersatz der der Marie F. bis 31. December 1890 von der klagenden Versicherungsanstalt gezahlten Beträge von zusammen 71 fl. 61$^{1}/_{2}$ kr. die Geltendmachung des weiteren Anspruches auf den pro 31. December 1890 mit 679 fl. 45 kr. ö. W. ermittelten Capitalswerth der von da ab der Marie F. weiter zu leistenden Rente keineswegs ausgeschlossen. Aus diesen Gründen war das a. o. Revisionsbegehren des Geklagten zurückzuweisen.

2920.

Executionsführung auf ein dem Vater eingeräumtes Nutzniessungsrecht.

E. v. 2. November 1892, Z. 12724. — (JB 20 ex 93, Seite 237.)
I. KG als HG Brünn.
II. OLG Brünn.

Laut Einantwortungsurkunde vom 7. October 1891 besass F. S. aus dem Nachlasse nach seiner mit Hinterlassung einer letztwilligen Anordnung verstorbenen Ehegattin M. S. unter Anderem die Hälfte des lebenslänglichen Fruchtniessungsrechtes an sechs Stück 4$^{1}/_{2}$percentigen ungarischen Schankregalrecht-Entschädigungs-Schuldverschreibungen, während das Eigenthumsrecht hieran, sowie die andere Hälfte des Fruchtniessungsrechtes seinen minderjährigen Kindern zustand. Der Wechselgläubiger J. suchte nunmehr auf Grund einer rechtskräftigen Zahlungsauflage gegen F. S. um die executive Einantwortung von drei am 1. Jänner und 1. Juli eines jeden Jahres fällig werdenden Zinsencoupons dieser im

Depositenamte resp. der Waisencasse erliegenden sechs Stück $4^1/_2$percentigen ungarischen Schankregalrechts-Entschädigungs-Schuldverschreibungen, sowie um Erfolglassung derselben und Anmerkung der executiven Einantwortung im Depositenbuche bis zur gänzlichen Tilgung seiner Gesammtforderung per 375·70 fl. s. N.-G. an, welchem Begehren von der I. J. vollinhaltlich stattgegeben wurde.

Der gegen diesen B. von F. S. als väterlichem Curator seiner minderjährigen Kinder eingebrachte Recurs, welcher die Zulässigkeit der executiven Einantwortung vornehmlich aus dem Grunde der Bestimmung des § 150 ABG bekämpfte, wurde von der II. J. verworfen, weil dem F. S. mit der Einantwortungsurkunde ddto. 7. October 1891 das lebenslängliche Nutzniessungsrecht von der Hälfte des reines Nachlasses nach seiner Ehegattin M. S. ohne alle Einschränkung eingeantwortet worden ist, demnach die Bestimmung des § 150 ABG vorliegend keine Anwendung findet, die Execution auf den dem F. S. an der Hälfte der fraglichen Schuldverschreibungen zustehenden Nutzgenuss geführt wird und hierdurch die Rechte der minderjährigen Kinder, welchen mit der bezogenen Einantwortungsurkunde der fragliche Nachlass mit je einem Drittantheil eingeantwortet wurde, nicht gefährdet erscheine, daher der von F. S. namens und als väterlicher Curator der minderjährigen Kinder eingebrachte Recurs unzulässig erscheint.

Der OGH hat den a. o. Revisionsrecurs gemäss Hofd. vom 15. Februar 1833, JGS Nr. 2593, und in der ferneren Erwägung zurückzuweisen befunden, dass, wenn sich die gesetzliche Vertretung der minderjährigen Kinder durch einen wider ihren Vater bewilligten Executionsact beschwert erachtet, ihr blos der im Hofd. vom 29. Mai 1845, JGS Nr. 889, vorgezeichnete Rechtsweg offen steht.

2921.

Zur E. über Schadenersatz-Ansprüche sind lediglich die Civilgerichte competent.

Cassations-E. v. 2. November 1892, Z. 12759. — (Przegl. X ex 93, Seite 294.)
I. LG Czernowitz.
II. OLG Lemberg.

In der schriftlichen Rechtssache der Gräfin A gegen das Staatsaerar peto. Zahlung von 2525 fl., 137·42 fl., 2790 fl. und 1500 fl. s. N.-G. gab die I. J. der erhobenen Incompetenz-Einwendung statt und verwies die Klägerin mit ihrem Begehren an den Verwaltungsgerichtshof, in der Erwägung, dass als Klagegrund ein Schadenersatzanspruch anlässlich der vorschriftswidrigen Gebahrung und Massnahme der Administrativbehörden bei Einführung des politischen Sequesters sich darstellt, bezüglich dessen das Civilgericht im Sinne des Artikels XV des Staatsgrundgesetzes, des

§ 2 des Gesetzes vom 22. October 1875, RGB Nr. 30, des Hofd. vom 14. März 1806, JGS Nr. 758, endlich des § 1 JN incompetent erscheint.

Diese E. wurde von der II. J. bestätigt; vom OGH wurde jedoch unter Behebung der gleichlautenden E. der Untergerichte dem Erstrichter die meritorische E. der Klage aufgetragen, weil dieselbe sich auf Thatsachen stützt, aus denen die Klägerin Ansprüche auf Schadenersatz wider das Aerar ableitet, über Ansprüche dieser Art jedoch nur die Civilgerichte zu entscheiden berufen sind.

2922.

Der Beweisgegner ist nicht verpflichtet, ein in seinem Besitze befindliches Object (Fabrik) zum Behufe der Aufnahme eines Augenscheines und Kunstbefundes (zum ewigen Gedächtnisse) betreten zu lassen.

E. v. 2. November 1892, Z. 12913. — (JB 24 ex 93, Seite 286.)

I. BG St. Gallen.
II. OLG Graz.

Im Zuge eines beim HG in W. anhängigen Rechtsstreites peto. Zahlung eines Betrages per 7500 fl. ö. W. als der zweiten Rate für die Ueberlassung des Ausübungsrechtes zweier Patente wurde über Ansuchen der Kläger von der I. J. ohne vorherige Einvernahme des Geklagten die Aufnahme eines Kunstbefundes zum ewigen Gedächtnisse in der Fabrik des Geklagten zu W. darüber zugelassen, dass das in dieser Fabrik in Verwendung stehende Verfahren im Wesentlichen das Verfahren nach den klägerischen Patenten sei.

Vor Aufnahme des Beweises erklärte der Werksdirector des Geklagten der erschienenen Gerichtscommission, er protestire gegen die Besichtigung der Fabrik und könne die Betretung derselben nicht gestatten; die Besichtigung der Abtheilung für Säurebereitung könne umsoweniger erfolgen, als selbst bei der abgemachten Geheimhaltung derselben ein nicht unbeträchtliches Pönale verwirkt würde.

Der Commissionsleiter beschloss jedoch die sofortige Aufnahme des Beweises „mit Rücksicht auf die Autorität der Gerichtsbehörde behufs Herstellung eines Beweises“ und verkündete beiden Theilen diesen Entschluss mit dem Beifügen, „dass jedem Theile der Recurs in der gesetzlichen Frist offen steht und diese Gründe in der E. über die Kunstbefundsaufnahme bekannt gegeben werden.“

In aufrechter E. des über die Aufnahme des Kunstbefundes zum Gedächtnisse aufgenommenen Protocolles hat nun die I. J. ausgesprochen, dass trotz des von dem Werksdirector des Geklagten vor der Beweisaufnahme erhobenen Protestes gegen die Besichtigung und Betretung der

Fabrik und insbesondere der Abtheilung für Säurebereitung die sofortige Aufnahme des Kunstbefundes aus dem im B. angeführten Gründen (Gefahr, dass die Streitsache entfernt werden kann (§ 188 AGO) vorzunehmen war.

Den gegen diesen B. eingebrachten Recurs eventuell Nullitätsbeschwerde des Geklagten hat die II. J. als unzulässig, eventuell die Nullitätsbeschwerde als unbegründet zu verwerfen befunden, in der Erwägung, dass nach § 17 der Proc.-Nov. gegen die Bewilligung der Aufnahme eines Beweises zum ewigen Gedächtnisse ein selbstständiger Recurs unzulässig ist und der im § 17 des obbezogenen Gesetzes ausgesprochene Grundsatz für das ganze Beweisverfahren gilt, daher auch gegen im Laufe desselben getroffene Verfügungen kein abgesonderter Recurs zulässig ist, dass der eingebrachte Recurs lediglich dagegen gerichtet ist, dass der Beweis zum ewigen Gedächtnisse ohne Rücksicht auf den gegen die Betretung der Fabrik durch deren Leiter erhobenen Protest aufgenommenen werde, daher eine im Laufe der Beweisaufnahme getroffene Verfügung zum Gegenstande hat; in Erwägung, dass der eingebrachte Recurs auch dann, wenn er als Nullitätsbeschwerde aufgefasst wird, unbegründet ist, indem eine die Nullität des Verfahrens begründende Nichtigkeit nicht nachzuweisen ist, insbesondere die Behauptung des Nullitätswerbers, dass die Aufnahme des Beweises zum ewigen Gedächtnisse dann, wenn sich die Sache im Besitze des Probaten befindet, nur mit dessen Einwilligung zulässig sei, im Gesetze nicht begründet ist und in letzter Consequenz dahin führen würde, dass der Widerspruch des Probaten die Aufnahme des Beweises zum ewigen Gedächtnisse unmöglich machen würde.

Der OGH hat dem a. o. Revisionsrecurse des Geklagten Folge zu geben, die obergerichtliche E., insoferne der vom Recurrenten wider den B. der I. J. eingebrachte Recurs für nicht zulässig erklärt wird, abzuändern, denselben für zulässig zu erklären, ferners diese E., insoferne damit der letzterwähnte B. bestätigt ward, wie nicht minder diesen B. und durchgeführten Augenschein und Kunstbefund als nichtig zu beheben befunden.

Diese Abänderung stützt sich auf nachstehende

Erwägung:

Der vom Recurrenten überreichte Recurs war für zulässig zu erklären, weil damit keineswegs die erstrichterliche Verfügung, womit die Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtnisse bewilligt ward, angefochten wird, vielmehr gegen einen Vollzugsact d. i. dagegen Beschwerde erhoben ward, dass der Augenschein ungeachtet des erhobenen Protestes auf ein in seinem, und nicht im Besitze des Beweisführers befindliches Object vorgenommen werde, nach § 17 der Proc.-Nov. aber nur gegen die Bewilligung ein abgesonderter Recurs nicht platzgreift. Aber auch der unge-

achtet des Protestes vorgenommene Augenschein und Kunstbefund und die weiteren in Folge dessen ergangenen richterlichen Verfügungen mussten als nichtig behoben werden; denn durch den angesuchten Beweis zum ewigen Gedächtnisse bezweckt die Klagsseite, sich ein Beweismittel zu ihrer Rechtsdurchsetzung oder Vertheidigung zu verschaffen; ihr liegt daher auch ob, alle Mittel beizuschaffen, welche zur Durchführung je nach der Beschaffenheit des Objectes nothwendig sind, und sie ist nicht berechtigt, in dieser Richtung eine Mithilfe oder Thätigkeit der Gegenpartei in Anspruch zu nehmen, da dadurch eine theilweise Ueberwälzung der sie treffenden Beweislast an jene gelegen wäre; die Klagsseite ist umsoweniger berechtigt, den Beweis gegen den Willen des Gegentheils auf ein Object auszudehnen, welches im Besitze des Letzteren sich befindet, und so dessen Besitzrecht zu verletzen. Da nun Recurrent die Vornahme des Kunstbefundes in der in seinem Besitze befindlichen Fabrik verweigert hat, so durfte dieselbe nicht vorgenommen und es müssen der demungeachtet vollzogene Kunstbefund sowie die nachträglichen Verfügungen behoben werden.

2923.

Der Betrieb des Hotelgeschäftes ist an und für sich kein Handelsgeschäft.

E. v. 2. November 1892, Z. 11768. — (GH 2 ex 93, Seite 12.)

A belangte den Hotelpächter B bei dem BG auf Zahlung des ihm vertragsmässig zugesicherten, für den Monat Juli 1891 entfallenden Salairs von 30 fl. und des Entgeltes für die ihm gleichfalls vertragsmässig zugesicherte Wohnung und ganze Verpflegung für den Monat Juli 1891 per 30 fl., demnach zusammen des Betrages per 60 fl., und führte zur Begründung seines Klagebegehrens an, er sei vom Geklagten als Buchhalter des von diesem gepachteten Hotels engagirt worden und habe an diesem Tage den Dienst angetreten, und zwar unter nachstehenden vereinbarten Bedingungen: Dienst täglich von 5 Uhr Früh bis 8 Uhr Abends, Führung aller Hotelbücher, täglich Früh und Mittags Visitirung aller freien und besetzten Zimmer gegen ein monatliches Salair von 30 fl., Wohnung und ganze Verpflegung. Am 13. Juni 1891 habe ihm aber Geklagter gekündigt und ihm die vereinbarten Bezüge blos für den Monat Juni gewährt. Da er aber als ein mit Monatsgehalt angestellter Buchhalter, der ausschliesslich kaufmännische Dienste zu leisten hatte, nach den Bestimmungen des HGB über die Handlungsgehilfen zu behandeln sei, habe sein Dienstverhältniss nur nach Ablauf eines Kalendervierteljahres nach vorgängiger sechswöchentlicher Kündigung aufgehoben werden können, und es sei daher der Geklagte gemäss § 84 Gew.-O. verpflichtet, ihm den Gehalt und die sonst vereinbarten Genüsse für den übrigen Theil der Kündigungs-

frist, d. i. bis Ende September 1891, also auch die zur Zeit der Klage fälligen für den Monat Juli im obenangeführten Betrage zu vergüten.

Der Geklagte wendete dagegen unter Berufung auf die Bestimmungen des § 39 Einf.-Ges. zum HGB die Unzuständigkeit des angerufenen Gerichtes ein.

Die I. J. hat dieser Einwendung stattgegeben und die Klage ab- und an das zuständige Gericht gewiesen.

Ueber Appellation des Klägers hat die II. J. diese E. abgeändert, die vom Geklagten erhobene Einwendung des unzuständigen Gerichtsstandes zurückgewiesen und der I. J. verordnet, nach Rechtskraft dieser E. in der Sache selbst zu erkennen.

Gründe:

Die wider das der Einwendung der Incompetenz stattgebende U. der I. J. eingelegte Appellationsbeschwerde des Klägers ist begründet. Der Ansicht des ersten Gerichtes, dass es sich im vorliegenden Falle um einen im Grunde des § 39, Abs. 2 des Einf.-Ges. zum HGB, vor das HG gehörigen Rechtsstreit handelt, kann nicht beigepflichtet werden. Wie der Kläger selbst anführt und der Geklagte selbst zugesteht, ist derselbe Hotelier, d. i. Gastwirth, und betreibt als solcher das Gast- und Schankgewerbe. Wenn nun auch der Geklagte durch Einkauf von Wein, Bier und anderen Waaren für seinen Gewerbsbetrieb Käufe, welche sich als Handelsgeschäfte darstellen, abschliesst, so kann doch mit Rücksicht auf diese einzelnen Geschäfte, zumal das Gastgewerbe denn doch das Hauptgeschäft bildet und dieses wesentlich die Beherbergung von Fremden gegen Entgelt zum Gegenstande hat, keineswegs behauptet werden, dass der Geklagte Handelsgeschäfte, zu welchen nur die in den Art. 271 und 272 HGB aufgezählten Geschäfte zu zählen sind, gewerbsmässig betreibt, und kann derselbe sonach als Kaufmann im Sinne des Art. 4 HGB nicht angesehen werden. Nachdem nun aber dem Geklagten die in § 38 Einf.-Ges. zum HGB vorausgesetzte Eigenschaft eines Kaufmannes abgeht, was derselbe übrigens auch selbst behauptet und bestätigt, so kann, wenn auch der Kläger, welcher zugestandenermassen bei dem Geklagten als Buchhalter bedienstet war, seine mittelst Klage geltend gemachten Ansprüche auf die Vorschrift des Art. 61 HGB stützt, nichtsdestoweniger von einem Rechtsverhältnisse zwischen einem Kaufmanne und einem Handlungsgehilfen keine Rede sein und liegt offenbar nur ein solches Rechtsverhältniss vor, welches ausschliesslich durch das XXVI. Hauptstück des ABG geregelt wird, weshalb auch die Zuständigkeit des HG nicht platzgreift, sondern mit Rücksicht auf den Klagsgegenstand gemäss § 15 JN nur das BG zur E. des Streites zuständig erscheint. Es war sonach das U. abzuändern und, da vom ersten Gerichte in der Hauptsache

nicht entschieden wurde, demselben die E. nach Rechtskraft dieser E. aufzutragen.

Ueber die Revisionsbeschwerde des Geklagten hat der OGH die E. II. J. aus den derselben beigegebenen richtigen Entscheidungsgründen und in der Erwägung zu bestätigen befunden, dass die Ansichten der Parteien für die richterliche Beurtheilung der Natur des Rechtsverhältnisses zwischen ihnen nicht massgebend sind.

2924.

Auch Präjudicial-E. sind vollstreckbar, und es ist gegen dieselben nur die Oppositionsklage statthaft.

E. v. 2. November 1892, Z. 12631. — (Przegl. V ex 93, Seite 137.)

I. KG Złoczow.
II. OLG Lemberg.

Die seitens der I. J. im Stritte der A wider B pcto. Anerkennung der Verpflichtung zur Zahlung einer Witwenpension jährlicher 500 fl. nebst der Einräumung einer Wohnung und ganzen Verköstigung bewilligte Mobiliarexecution wider B pcto. der restirenden Raten im Ganzen per 595 fl. wurde seitens der II. J. behoben, weil die im obigen Stritte erflossene E. v. 27. Juni 1891, Z. 4383, den B nicht zu einer Leistung verfällt, sondern lediglich eine Präjudicial-E. ist, welche nur den Bestand eines in einem Eventualfalle obligatorischen Rechtsverhältnisses zwischen den Streitparteien feststellt und als solche sich nicht zur unmittelbaren Grundlage der Executionsführung eignet, weshalb das Executionsgesuch abzuweisen war.

Der OGH stellte jedoch über Revisionsrecurs der A die E. I. J. wieder her, weil durch die obcitirte, seitens der II. J. bestätigte und in Rechtskraft erwachsene E. der I. J. die Verpflichtung des B zur Zahlung einer Jahrespension per 500 fl. in monatlichen, vom 7. Juni 1889 an laufenden Anticipativraten an die A bis zu ihrem Ableben oder ihrer Wiederverehelichung ausgesprochen wurde, A jedoch in ihrem Executionsgesuche de praes. 28. März 1892 blos um die Bewilligung der Execution pcto. Hereinbringung der bis zum 7. März 1892 bereits verfallenen Raten gebeten hat, und man von der Exequentin einen abgesonderten Nachweis im Rechtswege, dass der Execut seiner Verbindlichkeit bisher nicht entsprochen hat, nicht verlangen kann, zumal in diesem etwaigen besonderen Rechtsstreite B die Einwendung der entschiedenen Streitsache mit Wirkung erheben könnte, vielmehr dem B obliegt, gegen die A allenfalls auf dem im Hofd. vom 22. Juni 1836, JGS Nr. 145, vorgezeichneten Rechtswege aufzutreten.

2925.

Wie kommt ein nach Ablegung des Ordensgelübdes der Armuth von dem Professen über sein Vermögen geschlossener Vertrag rechtsgiltig zu Stande?

E. v. 3. November 1892, Z. 11514. — (JMB 839 ex 92, Seite 198.)

Carl T., für welchen die Forderung per 265·30 fl. auf zwei Grundstücke pfandrechtlich sichergestellt war, hat nach erfolgtem Eintritt in den Orden der Barmherzigen Brüder in X und nach Ablegung der feierlichen Profess mit der Urkunde vom 5. October 1891 erklärt, dass das ihm zustehende Recht, über jenes Capital zu verfügen, dasselbe zu kündigen, einzuklagen, das Geld in Empfang zu nehmen und eine löschungsfähige Quittung auszustellen, seinem Ordensoberen zustehen solle und zustehe. Auf Grund dieser Erklärung überreichte nun der Convent der Barmherzigen Brüder in X sub praes. 19. April 1890, Z. 4562, gegen die Besitzer jener zwei Grundstücke eine Klage auf Zahlung des obigen Capitals, gegen welche Klage unter Anderem der Mangel der activen Klagslegitimation, sowie die Ungiltigkeit der erwähnten Erklärung des Carl T. wegen Abganges seiner Handlungsfähigkeit eingewendet wurde.

Nachdem das zuständige Gericht zur Wahrung der Rechte des Carl T. mit Decret vom 9. December 1890, Z. 49394, einen Curator bestellt hatte, welcher der Klage des Conventes beigetreten ist und in einem mit diesem gemeinschaftlich eingebrachten, curatelsbehördlich genehmigten Klagsnachtrage das Begehren gestellt hatte, die Geklagten schuldig zu erkennen, dem Convente die eingeklagte Summe zu bezahlen, wurde das Klagebegehren von dem ersten Richter abgewiesen, wobei derselbe von der Erwägung ausging, dass zwar der Convent zur Klage legitimirt sei, da sich die Erklärung des Carl T. ihrem Sinne nach als Cession der Forderung an den Convent darstellt, dass jedoch der Cedent zur Zeit der Cession über sein Vermögen ohne Intervention eines Curators und ohne Genehmigung der Curatelsbehörde nicht verfügen konnte, weshalb die Cession ungiltig sei, welcher Mangel durch den Klagsnachtrag nicht behoben wurde, denn quod ab initio non valet, tractu temporis convalescere nequit.

Das OLG hat mit Rücksicht auf die Bestimmung des § 25 Justizhofd. vom 24. October 1845, JGS Nr. 906, und auf den Umstand, dass durch den Klagsnachtrag der von der ersten Instanz gerügte Mangel der Ungiltigkeit der Erklärung des Carl T. behoben wurde, dem Klagebegehren Folge gegeben.

Der OGH bestätigte das obergerichtliche U. aus nachstehenden

Gründen:

Durch den Eintritt des Carl T. in den Orden der Barmherzigen Brüder und Ablegung der feierlichen Profess ging nach österreichischem

Rechte das Vermögen desselben nicht unter; es war — da feststeht, dass Carl T. vor Ablegung der Ordensgelübde über die vorerwähnte Forderung als sein Vermögen nicht verfügt hatte — in Gemässheit des § 182 des Abh.-Pat. für dieses Vermögen ein Curator zu bestellen. Hieraus folgt, dass — da Carl T. mit der Ablegung des feierlichen Ordensgelübdes nur die Handlungsfähigkeit in Ansehung jener Forderung verloren hat — die Giltigkeit eines von demselben diesfalls gemachten Versprechens von der Einwilligung des Curators und des Curatelsgerichtes abhängig ist (§ 865 ABG).

Diesemnach kann zwar die von Carl T. am 5. October 1891 ausgestellte Erklärung, welche sich als Cession des Capitals per 265·30 fl. C. M. an den Convent der Barmherzigen Brüder in X darstellt, an und für sich als ein giltiger Rechtsact nicht angesehen werden und den genannten Convent zur Einklagung der Forderung für sich nicht legitimiren; diese Erklärung ist aber dadurch zu einem giltigen Cessionsvertrage geworden, dass das zuständige Gericht für den durch Ablegung der Ordensprofess handlungsunfähig gewordenen Carl T. zur Wahrung seiner Rechte betreffs des erwähnten Capitals einen Curator bestellt hat, dieser Curator der Klage beigetreten ist und in dem mit dem klagenden Convente gemeinschaftlich eingebrachten Klagsnachtrage das Begehren stellte, die Geklagten schuldig zu erkennen, dem Convente der Barmherzigen Brüder in X die mehrerwähnte Forderung zu bezahlen, und dass weiter die Curatelsbehörde nachträglich auch die Genehmigung ertheilt hat, dass der Curator berechtigt gewesen und ermächtigt ist, der Klage des Conventes und dem darüber eingeleiteten Verfahren beizutreten und die Einbringung des Capitals im Sinne des Schlussbegehrens in dem Klagsnachtrage zu erwirken.

Denn mit dieser von dem Curatelsgerichte ertheilten Genehmigung der Einklagung der Forderung des Carl T. durch dessen Curator zur Zahlung an den Convent der Barmherzigen Brüder in X ist im Wesen die Einwilligung des Curators zu der Cedirung der Forderung an den Convent und die Genehmigung dieser Einwilligung durch das Curatelsgericht ertheilt worden, sohin im Hinblick auf die Bestimmung des § 865 ABG ein giltiger Abtretungsvertrag zu Stande gekommen, da der Erwerbung der Forderung von Seite des Conventes der Barmherzigen Brüder zufolge der denselben laut des Hofd. vom 30. August 1805, JGS Nr. 745, gewährten Befreiung die Amortisationsgesetze nicht entgegenstehen. Es ist daher der Convent der Barmherzigen Brüder, in Ansehung der in Rede stehenden Forderung in die Rechte des Carl T. getreten und die Bestreitung seiner Legitimation zur Klage in Folge der Beibringung der oberwähnten curatelsbehördlichen Decrete hinfällig geworden, da die Beibringung dieser Behelfe vor dem Schlusse der Verhandlung gemäss § 25 des Justizhofd. vom 24. October 1845, JGS Nr. 906, gestattet war.

2926.

Das Recht der Verwaltungsbehörden auf Sicherstellung von Aerarialforderungen erstreckt sich nicht auf Ansprüche, welche nur im o. Rechtswege zur Geltung gebracht werden können (Hofd. vom 24. October 1806, JGS Nr. 789).

E. v. 8. November 1892, Z. 13193. — (JMB 844 ex 92, Seite 207.)

In der Rechtssache der Finanzprocuratur namens des Aerars wider Nikolaus M. wegen Ungiltigkeitserklärung der letzten Willenserklärung des Wasili S. und wegen Ersatzes im Betrage von 19.685·45 fl. hat die I. J. über Einschreiten der Finanzprocuratur auf Grund des Hofd. vom 18. September 1786, JGS Nr. 577, und des § 38 lit. c. GBG zur Sicherstellung des Ersatzanspruches von 19.685·45 fl. die Vormerkung des Pfandrechtes im Lastenstande der dem Nikolaus M. gehörigen Realitäten zu Gunsten des Aerars bewilligt.

Ueber Recurs des Nikolaus M. hat die II. J. dem Begehren der Finanzprocuratur um Bewilligung der Vormerkung des Pfandrechtes für den Ersatzanspruch per 19.685·45 fl. keine Folge gegeben, weil die Vormerkung nach § 38, lit. c. GBG auf Grund des Einschreitens öffentlicher Behörden nur in jenen Fällen statthaft ist, in welchen diese nach ihrem Wirkungskreise berufen sind, von amtswegen die pfandweise Sicherstellung von Ansprüchen des Staatsschatzes zu verfügen, was in dem gegenwärtigen Falle nicht eintritt, da es sich um einen Anspruch aus einer Verlassenschaft handelt, worüber die E. nicht den Verwaltungsbehörden, sondern dem Gerichte zusteht, die Gerichte in dieser Angelegenheit auch thatsächlich E. getroffen haben, aus denen jedoch für das Aerar jeder Executionstitel abgeht.

Der OGH bestätigte diese E. der II. J., weil nach dem Hofd. vom 24. October 1806, JGS Nr. 789, die Administrativbehörden die Sicherstellung nur solcher Forderungen zu veranlassen und wegen deren Vollstreckung die Gerichtsbehörden unmittelbar oder durch die Finanzprocuraturen anzugehen haben, welche zum gerichtlichen Verfahren nicht geeignet sind, und über welche den politischen Behörden allein die Untersuchung und E. zusteht; weil es sich im vorliegenden Falle um den bestrittenen Bestand eines nur im o. Rechtswege festzustellenden Anspruches handelt, für dessen Sicherstellung die Vorschriften der Hofd. vom 18. September 1786, JGS Nr. 577, und vom 24. October 1806, JGS Nr. 789, keine Anwendung haben und weil die Zusammenfassung der §§ 38 und 41 GBG unzweifelhaft entnehmen lässt, dass die pfandrechtliche Vormerkung von Ansprüchen, welche nur im o. Rechtswege zur Anerkennung gebracht werden können, auf Einschreiten einer Verwaltungsbehörde nicht zulässig ist.

2927.

1. Der Vorname einer Einzelfirma ist bei einer ersten Eintragung unerheblich.

2. Der Anmelder einer Gewerbsfirma muss die thatsächliche Steuerzahlung in der zur Protocollirung erforderlichen Höhe sofort nachweisen.

E. v. 8. November 1892, Z. 15077. — (NZ 19 ex 93, Seite 120.)
I. BG als HG Jicin.
II. OLG Prag.

Die I. J. hat dem Gesuche des Jacob N. um Eintragung seiner Firma „Leopold N., Dampfbrauerei in X" in das Handelregister keine Folge gegeben und dasselbe dem Einschreiter rückgestellt; denn nach Art. 16 HGB darf ein Kaufmann, welcher sein Geschäft ohne Gesellschafter oder nur mit einem stillen Gesellschafter betreibt, nur seinen Familiennamen mit oder ohne Vornamen als Firma führen. Es ist demnach wohl gestattet, lediglich den Familiennamen allein als Firma zu gebrauchen; falls jedoch auch der Vorname in die Firmazeichnung aufgenommen wird, so muss dies der wirkliche Tauf- oder Geburtsname des Kaufmannes und nicht ein fingirter sein. Dieser Vorschrift entspricht nun die Firmazeichnung Leopold N. nicht, da der Einschreiter, wie der dem Gesuche beiliegende Geburtsschein nachweist, „Jacob" und nicht „Leopold" heisst.

Dem Recurse des Jacob N. hat das OLG keine Folge gegeben, weil die angestrebte Firmirung der im Art. 16 HGB enthaltenen Bestimmung deshalb zuwider wäre, weil man aus der Firma „Leopold N." ohne einen anderen Zusatz, welcher zur näheren Bezeichnung der Person des Firmainhabers dient, nicht ersehen würde, dass der Letztgedachte nicht „Leopold", sondern richtig „Jacob" heisst.

Ueber den a. o. Revisionsrecurs des Jacob N. hat der OGH die beiden untergerichtlichen E. nach Zulass des § 16 des Abh.-Pat. aufzuheben und der I. J. zu verordnen befunden, vorerst in geeigneter Weise die Erhebungen zu pflegen, ob Jacob N. die Bierbrauerei über den gewöhnlichen Umfang des Bierbrauereigewerbes betreibt, und ob derselbe von seinem Geschäftsbetriebe an landesfürstlichen Steuern ohne Zuschläge thatsächlich einen zur Eintragung in das Handelsregister erforderlichen Betrag zu entrichten hat, und sodann erst das Gesuch desselben um Eintragung seiner Firma in das Handelsregister, absehend von dem dagegen erhobenen Anstande, zu erledigen, weil nach Art. 15 HGB die Firma eines Kaufmannes der Name ist, unter welchem er im Handel sein Geschäft betreibt und seine Unterschrift abgibt, wobei nach Art. 16 HGB ein Kaufmann, welcher sein Geschäft ohne Gesellschafter oder nur mit einem stillen Gesellschafter betreibt, seinen Familiennamen mit oder ohne Vornamen als Firma führen, keinen Zusatz beifügen darf, welcher ein Gesellschaftsverhältniss andeutet, wohl aber andere Zusätze anwenden

kann, welche zur näheren Bezeichnung der Person oder des Geschäftes dienen, woraus hervorgeht, dass das Gesetz bei der ersten Eintragung einer Firma dem Vornamen überhaupt kein Gewicht beimisst, weil im Art. 20 HGB, Abs. 2, dem Kaufmanne, dessen Vor- und Familiennamen mit einem in das Handelsregister bereits eingetragenen Kaufmanne gleich ist, anheimgestellt wird, ob er sich seiner beiden Namen mit einem Unterscheidungszusatze bedienen will oder nicht, und weil auch der Art. 22 HGB unzweifelhaft erkennen lässt, dass die Firma nicht unbedingt mit dem wirklichen Namen des Kaufmannes übereinstimmen muss, daher es an jedem gesetzlichen Grunde fehlt, nur deshalb, weil der Beschwerdeführer in der Geburtsmatrik nicht mit dem für seine Firma gewählten Vornamen Leopold, sondern mit dem Vornamen Jacob eingetragen erscheint, ihm die Eintragung dieser Firma zu verweigern, indem es zur Vermeidung jeder Beirrung vollkommen ausreicht, dass er in der fünften Spalte des Registers als Inhaber der Firma mit dem richtigen Geburtsnamen eingetragen wird, gleichwohl aber Jacob N. nicht den Betrieb des Handels, sondern der Bierbrauerei behördlich angemeldet hat, und das vorgelegte Certificat nicht nachweist, dass er an Steuern von diesem Gewerbe die zur Firmaprotocollirung erforderliche Betragshöhe thatsächlich zu entrichten hat (Art. 4 und 272, HGB Z. 2 und § 7 des Einführungsgesetzes zum HGB), daher die nöthigen Erhebungen in diesen Beziehungen vor der E. seines Gesuches zu pflegen sind.

2928.

Competenz eines österreichischen Gerichtes in reciproker Anwendung des § 35 der ungarischen Civilprocessordnung.

E. v. 9. November 1892, Z. 13140. — (JB 1 ex 93, Seite 10.)

I. BG Karolinenthal.
II. OLG Prag.

A in Carolinenthal belangte den B in Waag-Neustadtl auf Zahlung von 341 fl. Nach den Anführungen der Klage stand A mit B derartig in Geschäftsverbindung, dass er von demselben Getreide loco Karolinenthal lieferbar kaufte und geliefert erhielt. Diese Geschäfte vermittelte C, der Vertreter des B. Der Kläger hat vor mehreren Monaten zuerst acht Waggons und später fünf Waggons Weizen von B zum Preise von 8·75 fl. per Metercentner erkauft und war derselbe mit der Lieferung von zwei Waggons Weizen im Monate September 1890 im Rückstande. Am 13. oder 14. September 1890 kam C zum Kläger und offerirte ihm im Namen des B sechs Waggons Weizen. Von diesen sechs Waggons sollten zwei Waggons zur Erfüllung des früheren Geschäftes verwendet werden, die weiteren vier Waggons Gegenstand eines neuen Kaufgeschäftes sein. Bezüglich dieser vier Waggons einigten sich angeblich der Kläger und der Vertreter des

Geklagten auf den Preis von 8·80 fl. per Metercentner, so dass Kläger zwei Waggons Weizen zum früheren Preise von 8·75 fl. per Metercentner und vier Waggons zum Preise von 8·80 fl. per Metercentner zu erhalten hatte. Die sechs Waggons Weizen hatte B Ende der Woche, daher im Monate September 1890 zu liefern. Als dies nicht geschehen ist, wurde derselbe von dem Rechtsfreunde des Klägers zur Erfüllung des Vertrages unter Bewilligung einer Nachfrist von drei Tagen aufgefordert. Nachdem der Geklagte die dem Kläger verkauften sechs Waggons Weizen auch in der Nachfrist nicht geliefert hat, hat sich der Kläger genöthigt gesehen, jene sechs Waggons Weizen am 7. October 1890 durch den beeideten Sensal D decken zu lassen, und es wurden die sechs Waggons zum Preise von 9·30 fl. per 100 Kg. netto von der Firma E in Karolinenthal gekauft. Es ergab sich daher zwischen dem ursprünglichen Kaufpreise und dem am 7. October 1890 gezahlten Preise eine Differenz von 55 kr., resp. 50 kr. per 100 Kg., was für die ursprünglichen zwei Waggons Weizen zum Preise von 8·75 fl. per 100 Kg. 110 fl., für die weiteren vier Waggons zum Preise von 8·80 fl. per 100 Kg. 200 fl., daher zusammen 310 fl. beträgt. Hierzu kommt noch die bezahlte Mäkler- und Stempelgebühr per 31 fl., so dass sich der Anspruch des Klägers gegen den Geklagten auf 341 fl. beläuft, welcher Betrag trotz Mahnung nicht bezahlt wurde. Dagegen erhob der Geklagte die Einwendung der Incompetenz.

Die I. J. hat dieser Einwendung stattgegeben, die Klage ab- und an das zuständige Gericht gewiesen, und zwar aus folgenden

Gründen:

Dieses Gericht ist zur E. über die vorliegende Klage nicht competent; denn nachdem es sich im vorliegenden Falle um einen Vertrag zwischen dem in Karolinenthal wohnhaften Kläger und dem in Waag-Neustadtl wohnhaften Geklagten handelt, so könnte der Geklagte bei dem hiesigen Gerichte aus dem Vertrage nur dann belangt werden, wenn die Erfüllung des Vertrages verlangt worden ist, und der Erfüllungsort Karolinenthal vereinbart worden wäre, was noch nachzuweisen wäre. Mit der vorliegenden Klage verlangt jedoch der Kläger vom Geklagten nicht die Erfüllung des ursprünglichen Kaufvertrages, also nicht die Lieferung von sechs Waggons Getreide, sondern blos den Schadenersatz von 310 fl. für die Differenz zwischen dem ursprünglich vereinbarten Preise und demjenigen, welchen er am 7. October 1890 für den Weizen geben musste, und den Betrag von 31 fl. für Mäkler- und Stempelgebühr (im Sinne des Art. 357 HGB). Es kann daher der Kläger nicht auf den Erfüllungsort die Competenz dieses Gerichtes stützen. Durch den § 35 des Gesetzartikels LIV des ungarischen Gesetzes vom Jahre 1868 kann die Competenz dieses Gerichtes auch nicht begründet werden. In diesem Gesetzartikel heisst es: Die Klagen aus dem Schadenersatze können auch vor jenem

Gerichte angestrengt werden, auf dessen Gebiet der Vertrag zu Stande gekommen ist, oder nach der Natur der Sache oder nach dem Gesetze erfüllt werden soll. Buchauszugs- und Rechnungsforderungen können innerhalb anderthalb Jahren, und wenn der Buch- oder Rechnungsauszug gesetzlich beglaubigt worden ist, innerhalb drei Jahren vor dem Gerichte jenes Ortes eingeklagt werden, wo die Bücher geführt werden. Im vorliegenden Rechtsstritte könnte sich der Kläger blos auf den ersten Absatz jenes Gesetzartikels berufen, welcher über Schadenersatzforderungen handelt; denn es werden diese Forderungen von anderen Buch- und Rechnungsauszugsforderungen geschieden. Aber auch nach diesem Absatze ist die Competenz dieses Gerichtes nicht begründet; denn ohne Rücksicht darauf, dass die Competenz der österreichischen Gerichte sich in erster Reihe nach der österreichischen allgemeinen JN, resp. den übrigen österreichischen Gesetzen richtet und erst dann, wenn diese Gesetze nichts Besonderes statuiren und wenn die Reciprocität zugelassen und nachgewiesen ist, auch Gesetze von anderen Staaten in dieser Hinsicht zur Geltung kommen, müsste mit Rücksicht auf den Wortlaut des citirten Gesetzartikels (können auch vor jenen Gerichten . . . . .) nachgewiesen werden, dass sich Geklagter durch eine Erklärung dem Kläger gegenüber der Competenz des österreichischen Gerichtes unterzogen hat. Nachdem jedoch dieses gar nicht im Rechtsstritte behauptet wird, so kann sich der Kläger auf jenen Gesetzartikel nicht berufen. Es kann daher weder nach unserem österreichischen Gesetze, noch nach dem subsidiären ungarischen Gesetze im vorliegenden Falle die Competenz dieses Gerichtes als vorhanden angenommen werden, und musste daher die Klage von diesem Gerichte ab- und an das zuständige Gericht gewiesen werden.

Ueber Appellation des Klägers hat die II. J. die vom Geklagten erhobene Einwendung verworfen und dem BG verordnet, nach Rechtskraft dieser obergerichtlichen E. in die meritorische E. der Strittsache einzugehen.

Gründe:

Der Kläger, Kaufmann in Karolinenthal, belangt den Geklagten, Kaufmann in Waag-Neustadtl in Ungarn, auf Zahlung eines Schadenersatzes wegen Nichterfüllung eines Kaufvertrages über die Lieferung von Getreide unter Beibringung eines beglaubigten Auszuges aus seinen Handelsbüchern, in welchen die eingeklagte Forderung verbucht ist, und begründet die vom Geklagten bekämpfte Competenz des BG auf die in der Klage behauptete Vereinbarung, dass das vom Geklagten gekaufte Getreide loco Karolinenthal zu liefern war (§ 43 JN) und weiter mit dem Amtszeugnisse des ungarischen Justizministeriums, dass nach § 35 der ungarischen C. P. O. Buchauszugs- und Rechnungsforderungen innerhalb anderthalb Jahren und, wenn der Buchauszug legalisirt ist, innerhalb drei Jahren vor jenem Gerichte eingeklagt werden können, in dessen Sprengel

die Bücher geführt werden und dem im §29 Absatz d der österreichischen JN statuirten Principe der Reciprocität. Abgesehen davon, dass, den Gerichtsstand des § 43 JN betreffend, in der Klage nur im Allgemeinen angeführt ist, dass der Kläger mit dem Geklagten in Geschäftsverbindung stand, und vom Letzteren Getreide loco Karolinenthal lieferbar kaufte, ohne dass weiter behauptet wird, dass diese Lieferungsart auch bezüglich des Kaufvertrages im September 1890 verabredet wurde, oder dass sich die frühere Verabredung auch auf den Kaufvertrag im September 1890 bezog; so erscheint im vorliegenden Rechtsstritte die Competenz des BG K. schon durch die Gegenseitigkeit begründet, indem die Voraussetzungen des § 29 lit. d JN gegeben sind. Denn bezüglich Ungarns gilt der Grundsatz der Reciprocität wie bei einem fremden Staate, und sind daher die Angehörigen Ungarns ebenso wie die Unterthanen fremder Staaten nach dem Grundsatze der Gegenseitigkeit zu behandeln, wobei es nicht darauf ankommt, ob der Geklagte auch ungarischer Staatsangehöriger sei, da er in Ungarn wohnt und den Schutz des ungarischen Gesetzes geniesst, und ferner hat der Kläger durch das Amtszeugniss des ungarischen Justizministeriums die Bestimmung des § 35 der ungarischen C. P. O. ausgewiesen, nach welcher Buchforderungen innerhalb einer gewissen Zeit bei jenem ungarischen Gerichte, in dessen Sprengel die Bücher geführt werden, eingeklagt werden können, und der Geklagte nicht behauptet oder nachgewiesen hat, dass die ungarischen Gerichte solche bei ihnen gegen österreichische Unterthanen eingebrachte Klagen zurückweisen. Da nun der Kläger seine Forderung auf einen beglaubigten Buchauszug gründet, die Klage auch innerhalb der im § 35 der ungarischen C. P. O. enthaltenen Frist eingebracht ist, und der Kläger unbestritten seine Bücher in Karolinenthal führt, so ist die Competenz des BG K schon durch die Gegenseitigkeit begründet, weshalb die Einwendung der Incompetenz verworfen werden musste.

Ueber die Revisionsbeschwerde des Geklagten hat der OGH die E. II. J. zu bestätigen befunden.

Gründe:

Die Bestätigung des angefochtenen obergerichtlichen U. erfolgt aus dessen im Wesentlichen richtigen Gründen und in der Erwägung, dass im vorliegenden Falle, wo es sich nicht um den Nachweis der den Gerichtsstand des Vertrages im Sinne des § 43 JN begründenden Thatsachen handelt, sondern die E. über die Competenz auf Grund selbstständiger, bereits feststehender und daher nicht mehr beweisbedürftiger Voraussetzungen gefällt wird, durch diese E. über die Competenz in die E. der Hauptsache in keiner Weise eingegriffen wird; dass es des Nachweises, dass der Geklagte ungarischer Unterthan ist, nicht bedarf, weil der Ausdruck „Unter-

thanen“ im § 29 JN nicht im strengen staatsrechtlichen Sinne zu nehmen ist, und weil der Geklagte zulässt, seinen Wohnsitz in Ungarn zu haben, daher es keinem Zweifel unterliegen kann, dass die ungarischen Gesetze auf ihn Anwendung finden; in der Erwägung, dass sich die Reciprocität in dieser Richtung aus der Bestimmung des § 29 lit. d JN und des § 35 des LIV Gesetzartikels vom Jahre 1868 in ihrem Zusammenhange von selbst ergibt, weil § 29 erklärt, dass Unterthanen auswärtiger Staaten in Folge der Gegenseitigkeit in allen Fällen vor den österreichischen Gerichten belangt werden können, in welchen der Staat, welchem sie angehören, auch Klagen gegen österreichische Unterthanen zulässt, weil der citirte Gesetzartikel nicht unterscheidet, ob die dort erwähnten Klagen auf Grund von Buchauszügen und Rechnungen gegen In- oder Ausländer gerichtet sind, somit auch die Klage gegen Oesterreicher kraft des Gesetzes zugelassen erscheint, weil es sonach des Nachweises einer in der Praxis geübten Reciprocität in dieser Richtung nicht bedarf, und weil daher nicht der Kläger im Grunde des § 3 AGO die Reciprocität zu erweisen hatte, vielmehr, wie das OLG richtig annimmt, Sache des Geklagten gewesen wäre, den Nachweis zu erbringen, dass die ungarischen Gerichte Klagen gegen Oesterreicher in den gedachten Fällen nicht zulassen, somit trotz der gesetzlichen Bestimmung die Reciprocität nicht üben; in der Erwägung, dass sich die eingeklagte Forderung, wenn auch aus dem Titel des Schadenersatzes erhoben, in ihrem Wesen als eine Buchforderung darstellt, weil sie nach den Darstellungen der Klage im Handelsgeschäfte des Klägers entstanden ist, und daher nach Art. 28 HGB einen Gegenstand der dem Kaufmanne obliegenden Buchführung bildet, dies aber zur Begründung der Competenz in Gemässheit der citirten Stelle des ungarischen Gesetzes genügt, da dieselbe nicht erkennen lässt, dass ihre Anwendung auf Forderungen aus dem eigentlichen Contocorrentverhältnisse eingeschränkt ist; und in der Erwägung, dass die Frage, ob die klägerischen Bücher ordnungsmässig geführt sind oder nicht, dermal nicht in Betracht zu ziehen ist, da dies nur das Meritum der Sache berühren kann.

2929.

Executivverfahren auf Grund eines den Betrag der Schuld nicht ausdrückenden Schlussbriefes.

E. v. 9. November 1892, Z. 13219. — (JB 2 ex 93, Seite 23.)

I. KG Wien.
II. OLG Wien.

Auf Grund des von B eigenhändig und von zwei Zeugen unterfertigten Schlussbriefes des nachstehenden Inhaltes: „Herrn A. A. in X. Ich übertrage Ihnen die Lieferung von Weisskalk für meine Bauten für

die Bausaison 1892 zum vereinbarten Preise von . . . fl. . . . kr. pro Metercentner und sind Sie verpflichtet, mir den zu meinen Bauten während der Bausaison 1892 benöthigten Weisskalk zu liefern. Ueber die im Laufe eines Monats effectuirten Lieferungen werden sie mir am Schlusse eines jeden Monats Rechnung ertheilen. Den Betrag der Rechnung habe ich im Laufe des nächsten Monats zu bezahlen, so dass stets nur eine Rechnung unbezahlt sein soll. Die Kalklieferungen haben die auf meinen Bauten aufgestellten Poliere zu übernehmen und haben dieselben durch Unterfertigung Ihrer Gegenscheine das Gewicht der jeweiligen Lieferung und den Preis zu bestätigen. Sollte eine Rechnung nicht pünktlich bezahlt, oder die Bestätigung auf den Gegenscheinen verweigert werden, so sind Sie berechtigt, die weiteren Kalklieferungen einzustellen und bin ich Ihnen zum Ersatze des durch die Einstellung der Lieferungen entstandenen Schadens verpflichtet", ferner unter Anschluss eines Contos aus den Handelsbüchern, sowie unter Vorlage von mehr als 80 Stück Gegenscheinen als Belegen über Lieferungen und Preise hat A über seine auf mehr als 500 fl. lautende Klage die Einleitung des Executivverfahrens nach § 298 AGO und Hofd. vom 7. Mai 1839 begehrt und die I. J. hat diesem Begehren auch stattgegeben.

Ueber Recurs des Geklagten hat die II. J. diese E. dahin abzuändern befunden, dass die Klage dem Geklagten um seine binnen 30 Tagen zu erstattende Einrede zugestellt werde; dies in der Erwägung, dass die Richtigkeit der eingeklagten Forderung von dem Geklagten in keiner der beigebrachten Beilagen anerkannt, dass dieselbe vielmehr nur aus der in der Klage enthaltenen Rechnungsaufstellung abgeleitet wird, daher die Bedingungen des § 298 AGO und Hofd. vom 7. Mai 1839, JGS Nr. 358, zur Einleitung des Executivverfahrens nicht vorliegen und deshalb das o. schriftliche Verfahren einzuleiten war.

Ueber Revisionsrecurs des Klägers hat der OGH den erstrichterlichen B. wieder herzustellen befunden; dies in der Erwägung, dass die vom Kläger seiner Klage beigeschlossenen Urkunden, nämlich der Schlussbrief und die von dem Polier des Geklagten unterzeichneten Gegenscheine, sich als vollen Glauben verdienende Urkunden darstellen, dass durch diese Urkunden sowohl die zwischen den Streittheilen getroffene Vereinbarung, als auch Gewicht und Preis des nach Massgabe dieser Vereinbarung vom Kläger dem Geklagten gelieferten Kalkes dargethan erscheinen und dass der Betrag der klägerischen Forderung sich durch einfache Addition der Preise ergibt, welche in den Gegenscheinen angeführt sind.

2930.

Im Summarverfahren ist es den Parteien nach geschlossener Verhandlung nicht mehr gestattet, neue Beweismittel beizubringen.

E. v. 16. November 1892, Z. 13278. — (JB 4 ex 93, Seite 47.)

In der summarisch verhandelten Rechtssache des P. F. T. gegen J. O. pcto. 396 fl. wurden nach durchgeführtem Verfahren bei der Tagfahrt am 15. Juli 1892 die Acten zum Spruche eingelegt. In E. dieses Tagfahrtsprotocolles wurde vom BG B der vom Kläger in der Klage und Replik angebotene Beweis über mehrere Umstände durch acht Zeugen, weiters ein Sachverständigenbeweis zugelassen und zum Zwecke der Abhörung dieser Zeugen, sowie zur Wahl der Sachverständigen eine Tagfahrt angeordnet. Bei dieser Tagfahrt wurden von diesen acht Zeugen blos sieben abgehört, da der achte unauffindbar war, und, da sich die Parteien bezüglich der Person der Sachverständigen nicht einigen konnten, die Bestellung derselben dem Gerichte überlassen. In der über diese Tagfahrt erfolgten E. wurde nebst der Gestattung der Einsicht und Abschriftnahme des Zeugenprotocolles die Tagfahrt zur Abhörung der vom Gerichte bestellten Sachverständigen auf den 13. September 1892 angeordnet. Am 10. September 1892 brachte die Klagsseite ein Gesuch ein, in dem sie um Abhörung vier neuer Zeugen über dieselben Umstände, über die die zugelassenen (8 resp. 7) Zeugen bereits abgehört wurden, mit der Motivirung bat, dass sie diese Zeugen erst jetzt gefunden habe. Bei der über dieses Gesuch zur Einvernehmung des Geklagten auf den 13. September 1892 angeordneten Tagfahrt verwahrte sich der Geklagte gegen die Zulassung dieser neuen Zeugen unter Hinweis darauf, dass das Verfahren in der Hauptsache bereits geschlossen sei, dass der Kläger nicht einmal behauptet habe, dieses neue Beweismittel aus Versehen übergangen zu haben, insbesondere aber unter Hinweis darauf, dass nach geschlossenem Verfahren gemäss § 25 S.-P. es nicht mehr der Partei, sondern nur dem Gerichte zustehe, eine Ergänzung aber auch nur dann anzuordnen, wenn die Verhandlung unvollständig geblieben ist.

Trotz dieser vom Belangten erstatteten Verwahrung wurde in E. dieses Tagsatzungsprotocolles von der I. J. dem vom Kläger gestellten Begehren um Zulassung vier neuer Zeugen stattgegeben, und zwar mit folgender

Begründung:

„Der Geklagte verwahrt sich gegen die Zulassung des obgeführten Zeugenbeweises, weil das Verfahren geschlossen und eine Beweisführung daher unstatthaft ist. Nach § 25 des S.-P. muss aber aber jedem Theile gestattet werden, bis zum Schlusse der Verhandlung früher aus Versehen übergangene Beweismittel nachzuholen. Nachdem im vorliegenden Falle

zur Zeit der Gesuchseinbringung das Beweisverfahren, somit die Verhandlung noch nicht abgeschlossen war, so kann das Gericht das gestellte Begehren, zumal der angebotene Beweis für die Sache von Bedeutung werden könnte, nicht zurückweisen. Ueberdies muss dem Gerichte nach den Principien des Summarverfahrens daran gelegen sein, den wahren Sachverhalt zu constatiren, welcher Umstand in Verbindung mit den Bestimmungen des § 25 S.-P. die Zulassung dieses Beweises voll rechtfertigt.

Ueber den vom Geklagten gegen diese E. überreichten Nullitätsrecurs wurde dieselbe von der II. J. unter Verwerfung des Nullitätsrecurses mit der Begründung bestätigt, dass nach § 25 des Justizhofd. vom 24. October 1845, JGS Nr. 906, jedem Theile bis zum Schlusse der Verhandlung gestattet werden muss, früher aus Versehen übergangene Beweismittel nachzuholen, und dass zur Zeit des vom Kläger eingebrachten Gesuches um Abhörung der namhaft gemachten neuen Zeugen das Beweisverfahren noch nicht geschlossen war, dass somit in der Zulassung derselben weder eine Nullität noch eine Ungesetzlichkeit erblickt werden kann.

Dem vom Belangten gegen diese obergerichtliche E. überreichten Nullitätsrecurse hat der OGH stattzugeben, beide untergerichtlichen B. aufzuheben und das Gesuch des Klägers abzuweisen befunden, und zwar in der Erwägung, dass nach nach § 25 des Hofd. vom 24. October 1845, JGS Nr. 906, es den Streittheilen nur gestattet ist, bis zum Schlusse der Verhandlung neue Beweismittel dann nachzuholen, wenn dieselben in der Verhandlung selbst aus Versehen übergangen wurden; in der Erwägung, dass im vorliegenden Falle die unter beiderseitiger Vertretung von Rechtsfreunden durchgeführte Verhandlung bereits am 15. Juli 1892 abgeschlossen und die Acten zum Spruche eingelegt wurden; in der Erwägung, dass der erste Richter nach Vorschrift des § 39 Summ.-Verf. den Zeugenbeweis nach geschlossenem Verfahren bereits zugelassen und durchgeführt hat, und weder im Gesuche Z. 6970, noch in der diesfälligen Zwischenverhandlung vom Kläger behauptet wurde, dass er die neuangeführten Zeugen im Zuge der Verhandlung aus Versehen übergangen habe und in der Erwägung, dass die untergerichtlichen E offenbar wider das Gesetz verstossen und eine Nullität begründen.

2931.

Die Bestimmung des § 71 JN bezüglich des Gerichtsstandes für Oppositionsklagen ist auch dann anwendbar, wenn das Erkenntnissgericht ein besonderes Bagatellgericht in Handelssachen war.

E. v. 16. November 1892, Z. 13362. — (GH 7 ex 92, Seite 63.)

Dem E. in Wien wurden die Executionsschritte zur Hereinbringung seiner Forderung gegen R. vom Bagatellgerichte in Handelssachen zu Triest bewilligt. R. schritt nun mit Oppositionsklage gegen E. beim Baga-

tellgerichte in Handelssachen um das E. ein, dass das Executionsrecht durch Thatsachen, welche dem U. nachgefolgt seien, erloschen sei; diese Klage wurde jedoch, obgleich Kläger ausdrücklich zur Annahme eines Abfindungsbetrages von 50 fl. sich bereit erklärt hatte, wegen Unzuständigkeit abgewiesen, und dieser abweisliche B. vom OLG in Triest bestätigt und vom Letzteren unter Hinweisung auf § 2 des Bagatellverfahrens und die Grundsätze der AGO der persönliche Gerichtsstand des Beklagten als der allein competente bezeichnet. Hierauf überreichte nun R. die Oppositionsklage bei dem als persönlichen Gerichtsstand des Beklagten geltenden BG in Wien, wurde jedoch auch dort wegen Incompetenz abgewiesen. Dieser abweisliche B. wurde vom OLG in Wien bestätigt.

R. wendete sich nun um Lösung dieses negativen Competenzconflictes an den OGH, welcher die E. des OLG in Wien, bei dem Umstande, als der erste Grad der Execution vom Bagatellgerichte in Handelssachen in Triest bewilligt worden ist, als dem Gesetze vollkommen entsprechend erklärte, wogegen der im B. des Bagatellgerichtes in Handelssachen in Triest, womit die Oppositionsklage des R. abgewiesen worden ist, sowie in der bestätigenden Verordnung des OLG in T. unter Bezugnahme auf § 2 des Ges. vom 27. April 1873, RGB Z. 66, geltend gemachte Abweisungsgrund im Hinblicke auf die keine Ausnahme zulassende Bestimmung des § 71 der JN als stichhältig umsoweniger angesehen werden könne, als das über die Oppositionsklage einzuleitende Verfahren mit dem Hauptprocesse, welcher zur Executionsbewilligung Anlass geboten hat, im unmittelbaren Zusammenhange steht, und nur jener Richter, welcher den ersten Grad der Execution bewilligt hat, die Thatsachen, wodurch die Erlöschung des Executionsrechtes begründet werden will, auf Grund der eigenen Acten mit voller Sachkenntniss gehörig zu würdigen in der Lage ist, abgesehen davon, dass der Einleitung des Bagatellverfahrens über eine Oppositionsklage beim Vorhandensein der im § 1, Z. 2 des Ges. vom 27. April 1873, RGB Z. 66, normirten Voraussetzung gemäss § 4 desselben Gesetzes ein gesetzliches Hinderniss keineswegs entgegenstehe.

2932.

Oppositionsklage gegen eine vollzogene executive Delogirung.

E. v. 16. November 1892, Z. 13410. — (JB 18 ex 93, Seite 214.)

I. BG Lilienfeld.
II. OLG Wien.

Mittelst gerichtlicher Aufkündigung vom 11. Februar 1892 hat J. S. als Vermiether dem L. H. als Miether den zwischen Beiden bestandenen Afterbestandvertrag vierzehntägig aufgekündigt. Vor Ablauf der Frist zur Erhebung der Einwendungen gegen diese Aufkündigung will der Avisat mit dem Avisanten eine Vereinbarung getroffen haben, wonach

dieser von der Aufkündigung abstand und Ersterer in der Aftermiethe so lange bleiben könnte, als der Miethvertrag des Avisanten selbst dauert, das ist bis 1. Jänner 1894. Gleichwohl hat J. S. gegen L. H. auf Grund obiger Kündigung die executive Delogirung erwirkt, welche auch vollzogen wurde. Auf Grund dieses Sachverhaltes brachte nun L. H. die Oppositionsklage wider J. S. ein, worin das Begehren gestellt wird: es möge erkannt werden, die Rechte des J. S. aus der formell rechtskräftigen Aufkündigung vom 11. Februar 1892 seien durch nachgefolgte Thatsachen erloschen beziehungsweise bestehen nicht zu Recht, es besteht auch die dem J. S. auf deren Grundlage bewilligte zwangsweise Räumung nicht zu Recht, deren Vollzug sei aufgehoben und sei J. S. schuldig, dem Kläger binnen vierzehn Tagen bei Execution die Gerichtskosten zu ersetzen.

Die I. J. hat die Klage a limine mit der Begründung abgewiesen, dass dieselbe zu den im Abs. 1 des Hofd. vom 22. Juni 1836, JGS Nr. 145, für unzulässig erklärten Klagen gehöre, da darin ein Begehren um E. in Ansehung der aus den nachgefolgten Thatsachen sich ergebenden Rechtsfolgen nicht gestellt ist.

Die II. J. hat jedoch über Recurs des Klägers diese E. behoben und der I. J. aufgetragen, unter Umgangnahme von dem gebrauchten Weisungsgrunde vorzugehen.

Nach dem sohin gemäss kais. Verordnung vom 16. November 1858, RGB Nr. 213, durchgeführten Verfahren erkannte die I. J. zu Recht, das Klagebegehren werde abgewiesen und sei Kläger schuldig, dem Geklagten die Gerichtskosten zu ersetzen, und zwar wesentlich aus denselben Gründen, aus welchen von ihm die Klage a limine abgewiesen worden war.

Ueber Appellation des Klägers hat die II. J. dieses U. aufgehoben und die Abhörung der vom Kläger über die nachgefolgten Vereinbarungen geführten Zeugen mit der Begründung verordnet, dass der zugelassene Beweis für die E. erheblich sein kann.

Nach durchgeführtem Zeugenbeweise hat die I. J. neuerlich conform dem früheren U. entschieden.

Die II. J. hat dieses U. abgeändert, dem Klagebegehren Folge gegeben und den Geklagten in den Kostenersatz verurtheilt aus folgenden

Gründen:

Wenn es auch richtig ist, dass eine Execution auf Grund einer rechtskräftigen E. zu vollstrecken ist, wenn nicht durch vollkommen beweisende Urkunden das Erlöschen des Executionsrechtes dargethan wird, hindert dies durchwegs nicht, im Klagswege die Erlöschung des Executionsrechtes zu erweisen, wenn auch der Executionsvollzug schon erfolgt ist. Diesen Zweck verfolgt die vorliegende Klage, welche keineswegs behauptet, die Kündigung sei nicht rechtskräftig geworden, der Delogirungsbescheid nicht in gesetzlicher Weise ergangen, sondern be-

hauptet, das Recht, die Räumung der fraglichen Wohnung zu verlangen, rücksichtlich zu erzwingen, sei durch eine nachgefolgte Thatsache, die mit dem Geklagten nachträglich getroffene Vereinbarung, der Kläger könne so lange in der gemietheten Wohnung bleiben, als der Miethvertrag des Geklagten dauere, erloschen und es sei deshalb auch die vorgenommene Execution aufzuheben; diese Vereinbarung wurde durch die Zeugenaussagen erwiesen und es ist unbestritten, dass der Miethvertrag des Geklagten bis 1. Jänner 1894 dauert, der Geklagte war daher nicht berechtigt, von der allerdings rechtskräftig gewordenen Kündigung Gebrauch zu machen und die Delogirung des Klägers zu veranlassen; es stellt sich dieselbe als rechtsunwirksam heraus und musste dem Klagebegehren stattgegeben werden, wobei es dem Kläger überlassen bleibt, ob er aus dieser E. weitere Rechte gegen den Geklagten ableiten will.

Ueber Revision des Geklagten hat der OGH die E. II. J. aufgehoben und das erstrichterliche U. vollinhaltlich wieder hergestellt und zwar mit nachstehender

Begründung:

Die vorliegende Oppositionsklage entspricht nicht der Vorschrift der Hofd. vom 22. Juni 1836, JGS Nr. 145, gemäss welcher Klagen, womit die Erklärung der Nullität oder Ungiltigkeit oder die Widerrufung von Executionsbescheiden begehrt wird, unstatthaft sind und die Partei, welche behauptet, es sei das Executionsrecht des Gegners durch dem U. oder Vergleiche nachgefolgte Thatsachen erloschen, lediglich zur Ausführung des Rechtes, welches sie aus jenen Thatsachen ableitet, eine neue Klage einbringen kann; demzufolge muss die Oppositionsklage das Recht bestimmt bezeichnen, welches aus den nachgefolgten Thatsachen abgeleitet und geltend gemacht werden will. Ist dies nicht der Fall, wird ein solches Recht nicht geltend gemacht, dann gehört die Oppositionsklage zu jenen Klagen, welche lediglich die Ungiltigkeitserklärung einer vollzogenen Execution anstreben und vom Gesetze ausdrücklich als unstatthaft bezeichnet sind. Zu dieser Kategorie von Klagen gehört die vorliegende Oppositionsklage, deren Begehren lediglich auf die Erlöschung eines ohnehin nicht mehr bestehenden und vom Geklagten gar nicht beanspruchten Executionsrechtes und auf Aufhebung der bereits vollzogenen Delogirung sowie auf Gerichtskostenersatz gerichtet ist. Die Revisionsbeschwerde des Geklagten war daher begründet, weshalb in Abänderung des angefochtenen oberlandesgerichtlichen U. das der Sachlage und dem Gesetze entsprechende erstrichterliche U. vollinhaltlich wieder herzustellen war.

2933.

Voraussetzung des Kostenersatzes im Restitutionsverfahren (Patent vom 1. Juli 1790, JGS Nr. 31).

E. v. 16. November 1892, Z. 13343. — (GZ 2 ex 93, Seite 14.)

I. KG Cilli.
II. OLG Graz.

Ueber die Wechselklagen des A gegen den Nachlass des B zu Handen des bestellten Curators Dr. C pcto. 3000 fl., 3000 fl. und 1000 fl. s. A. wurde dem Geklagten mit den Zahlungsaufträgen vom 19. Februar 1892 die Bezahlung der angesprochenen Beträge aufgetragen und auf Grund dieser gegen den Nachlasscurator erwirkten Zahlungsaufträge die Execution eingeleitet. Nachdem die Erben des B von der Erlassung der wechselrechtlichen Zahlungsaufträge, welche der Curator in Rechtskraft erwachsen liess, Kenntniss erhielten, haben dieselben gegen die Zahlungsaufträge drei Nullitätsrecurse und unter Einem drei Restitutionsklagen überreicht. Hinsichtlich zweier Restitutionsklagen wurde die Verhandlung bereits bei der ersten Tagsatzung frustrirt, hinsichtlich der dritten Klage aber die Verhandlung auch während der obschwebenden Nullitätsrecurse fortgesetzt. In E. dieser Nullitätsrecurse hatte das OLG die Bestellung des Curators und die Zahlungsaufträge als nichtig behoben, dies in der Erwägung, dass sich die Erben zu dem Nachlasse des B bereits im December 1891 erbserklärt haben; dass der im Orte des Abhandlungsgerichtes sesshafte Kläger von diesser Erbserklärung hätte leicht sich überzeugen können, ungeachtet dessen aber in den am 16. Februar 1892 überreichten Klagen behauptet hat, dass eine Erbserklärung zum Nachlasse des B noch nicht abgegeben worden sei und er sich durch diese unwahre Behauptung die Curatelsbestellung erschlichen hat. Mit Rücksicht auf diese oberlandesgerichtliche E., welche der OGH bestätigte, haben dann die Erben bei der über die Restitutionsklage fortgesetzten Verhandlung erklärt, dass sie von dem Restitutionsbegehren gegen Ersatz der Kosten abstehen; dagegen hat Kläger A das Ansuchen gestellt, es mögen ihm die Kosten zuerkannt werden.

Das Gericht I. J. nahm den Abfall von den drei Restitutionsklagen zur Kenntniss, wies das Begehren der Erben um Zuerkennung der Kosten in ihrer Rechtssache gegen A wegen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ab und verhielt dieselben, den Ersatz der Kosten des Gegners zu leisten; wobei erwogen wurde, dass nach dem Patente vom 1. Juli 1790, JGS Nr. 31, die Partei, welche die Wiedereinsetzung ansucht, in jedem Falle dem Gegentheile die hiedurch verursachten Kosten zu ersetzen hat und weil bei diesem Kostenzuspruche die Frage, ob die erflossenen wechselrechtlichen Zahlungsaufträge vom 19. Februar 1892, gegen welche die rechtzeitige Erstattung der Einwendungen versäumt wurde, von den

oberen Instanzen behoben wurden, als irrelevant nicht zu erörtern kommt.

Gegen die Abweisung des Begehrens um Kostenersatz und gegen die Verurtheilung in die gegnerischen Kosten überreichten die Erben den Recurs. Die II. J. wies den Recurs ab und bestätigte den angefochtenen B. aus dessen Gründen.

Dem a. o. Revisionsrecurse der Erben stattgebend, fand der OGH beide untergerichtlichen E. im angefochtenen Punkte dahin abzuändern, dass A die Kosten der Restitutionsverhandlung selbst zu tragen habe; und zwar in der Erwägung, dass das Patent vom 1. Juli 1790, JGS Nr. 31, selbstverständlich zur Voraussetzung hat, dass jene richterliche E., gegen welche die Restitutio ob terminum lapsum geworben wird, rite erflossen ist, im vorliegenden Falle aber die Zahlungsaufträge ddto. 19. Februar 1892 nachträglich als nichtig aufgehoben worden sind, daher die Opposition des A gegen die von den Erben vorsichtsweise eingebrachten Gesuche, um in die Frist zur Einbringung der Einwendungen gegen diese Zahlungsaufträge restituirt zu werden, zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nicht nothwendig war, woraus folgt, dass Kläger A nach den allgemeinen Grundsätzen des § 24 der Proc.-Nov. einen Anspruch auf den Ersatz der hiedurch verursachten Kosten nicht erheben kann.

2934.

Umfang der dem Concursmasseverwalter nach §§ 76 und 216 der CO obliegenden Pflichten.

E. v. 17. November 1892, Z. 11692. — (JMB 852 ex 93, Seite 9.)

Die Staatsanwaltschaft in N. hat wider die Brüder A und B und den Advocaten X die Anklage erhoben, dass dieselben im kaufmännischen Concurse des A bei der Zwangsausgleichstagfahrt, bei welcher B als Garant und Dr. X als CMV fungirten, durch Verschweigung des Umstandes, dass eine Reihe von Concursgläubigern die Quote von $37^1/_2$ Percent und darüber theils zugesichert, theils ausbezahlt erhalten hatte, dann durch die falsche Angabe, dass sämmtliche Concursgläubiger die gleiche Quote von 20 Percent erhalten werden, und durch Producirung von zum Scheine ausgestellten, die gesetzliche Majorität zur Durchführung dieses Zwangsausgleiches bietenden Cessionen, das Concursgericht zur Genehmigung desselben veranlasst und dadurch die überstimmten Gläubiger um den Mindestbetrag von 623·14 fl. geschädigt, also durch listige Vorstellungen und Handlungen einen Anderen in Irrthum geführt und dessen Unwissenheit benützt haben, wodurch die genannten Gläubiger einen Schaden von mehr als 300 fl. erleiden sollten und auch erlitten haben.

Ueber den Einspruch der Beschuldigten hat das OLG der Anklage keine Folge gegeben und das Strafverfahren eingestellt, zugleich aber die Mittheilung der Strafacten an den Disciplinarrath der Advocatenkammer

zur Beurtheilung eines dem Dr. X durch sein Verhalten beim Zustandekommen des Zwangsausgleiches zur Last fallenden pflichtwidrigen Benehmens verordnet.

Mit dem über die mündliche Verhandlung gefällten E. wurde Dr. X des Vergehens der Verletzung der Berufs- und Standespflichten schuldig befunden und zu einer Geldstrafe verurtheilt. In den Gründen dieses E. wird angeführt, dass Dr. X um die Absicht des B, möglichst billig auszugleichen und somit für seine Forderung möglichst viel herauszuschlagen, gewusst hat, und dass er nichts gethan hat, um darüber das Gericht oder die noch nicht informirte Gläubigerschaft aufzuklären, was doch seine Pflicht als MV gewesen wäre; dass in den lässigen, ungenauen Berichten des Dr. X als MV an das Gericht eine Pflichtverletzung und weiters in der gleichzeitigen und in ihren Interessen so collidirenden Vertretung der Gesammtheit der Concursgläubiger einerseits und des B anderseits, bei welcher letzterer der offenbar Begünstigte war, eine schwere Pflichtverletzung liegt, welche auch die Ehre und das Ansehen des Standes verletzt, und welche sogar dazu geführt hat, dass gegen Dr. X eine strafgerichtliche Anklage erhoben wurde, was gewiss auch die Ehre und das Ansehen des Standes schädigte.

Der OGH hat die gegen dieses E. eingebrachte Berufung des Dr. X als unbegründet verworfen.

Gründe:

Es ist hier nicht der Ort für die Erörterung, ob die durch B im Cessionswege bewirkte Ablösung der Forderungen der dem Wiener Creditorenverein angehörenden Concursgläubiger mit der vom Gesetze tendirten, im § 222, Alinea 2 CO auch ausdrücklich vorgeschriebenen gleichmässigen Befriedigung der die gleiche Rangordnung geniessenden Concursgläubiger vereinbar ist, und auf diesen Vorgang nicht vielmehr die Vorschrift des § 226 CO Anwendung findet. Allein hiedurch wird die gesetzliche Verbindlichkeit des MV nicht berührt, im Ausgleichstermine der Gläubigerschaft ein klares und erschöpfendes Bild von dem Stande der Masse, von dem bisherigen Gange, den Zwischenfällen der Concursverhandlung und den von der Fortsetzung des Concurses zu erwartenden Ergebnissen zu liefern und sie dadurch in die Lage zu versetzen, die ihr zukommenden Rechte zu wahren und sich vor Benachtheiligungen zu schützen. Diese Verbindlichkeit des CMV ergibt sich nicht nur aus der Anordnung des § 216 CO, sondern auch aus der allgemeinen Vorschrift des § 76 CO, wonach derselbe mit der Sorgfalt eines redlichen und fleissigen Hausvaters die Interessen der Gläubigerschaft — und nicht etwa blos eines Theiles derselben — zu schützen und zu vertreten hat. Dieser Verbindlichkeit hat jedoch der Beschuldigte, Dr. X, nicht entsprochen, indem selbst in dem Falle, als ihm der Vorgang des B mit der Ablösung der

erwähnten Forderungen unbekannt gewesen wäre, es ihm die pflichtmässige Gewissenhaftigkeit und Sorgfalt für das Interesse sämmtlicher Gläubiger geboten haben würde, der auffallenden Erscheinung, dass B bei der Ausgleichstagfahrt zwei Drittheile der stimmberechtigten Gläubiger repräsentirte, nachzuforschen und den Sachverhalt der Gläubigerschaft bekannt zu geben, aber auch dem Concursgerichte klar zu legen, und diesem bei Beurtheilung der Gesetzlichkeit des Zwangsausgleiches die ihm nach seiner Stellung obliegende Unterstützung zu gewähren und die genaue Beobachtung der Vorschrift des § 228, Z. 2 CO, zu ermöglichen. Alle diesen Anforderungen entsprechenden Schritte hat Dr. X unterlassen. Ebenso muss ihm eine — mindestens indirecte — Vertretung des Concursgläubigers B gegenüber der Gläubigerschaft zur Last gelegt werden, weil es Thatsache ist, dass B weit grössere Vortheile aus dem Zwangsausgleiche bezogen hat als die anderen durch diesen Ausgleich befriedigten Concursgläubiger, diese Thatsache ihm nach Lage der Dinge nicht unbekannt sein konnte und er verpflichtet war, einer ungleichmässigen Befriedigung einzelner Gläubiger entgegenzutreten.

2935.

Die im § 115 ABG angeführte unüberwindliche Abneigung muss nicht nothwendig eine gegenseitige sein.

E. v. 17. November 1892, Z. 12086. — (JB 3 ex 93, Seite 33.)

I. LG Wien.

II. OLG Wien.

Frau B, protestantischer Confession, klagte gegen ihren ebenfalls der protestantischen Confession angehörigen Ehegatten A auf Trennung ihrer Ehe aus seinem Verschulden wegen Misshandlung und Verschwendung ihres Vermögens. In Folge der Bemühungen des Richters, sowie des Vertheidigers des Ehebandes kam bei der ersten Verhandlung über die Trennungsklage zwischen den beiden Eheleuten eine Vereinbarung zu Stande, gemäss welcher Frau B ihre Klage, welche möglicherweise eine strafgerichtliche Verfolgung ihres Ehegatten hätte zur Folge haben können, zurückzog, wogegen Herr A sich bereit erklärte, im Einverständnisse mit seiner Frau ein Gesuch um Trennung der Ehe wegen unüberwindlicher Abneigung einzubringen. Dieses Gesuch wurde sodann auch eingebracht, doch wurde demselben keine Folge gegeben, sondern einstweilen auf die einjährige Scheidung der Ehe von Tisch und Bett erkannt. Diese E. wurde auch von den beiden oberen Instanzen bestätigt. Nachdem die Zeit der Scheidung verstrichen war, brachte Frau B ein neuerliches Gesuch um Trennung ihrer Ehe wegen unüberwindlicher Abneigung ein. Aus der Verhandlung, welche darüber gepflogen war, ergab sich, dass sich der Ehegatte auf das Entschiedenste der Trennung widersetzte.

Die I. J. erkannte auf Trennung der Ehe aus Verschulden des Ehegatten aus nachfolgenden

Gründen:

„Bereits in den Entscheidungsgründen des hiergerichtlichen U. vom 7. November 1890, Z. 101.939, wurde auf Grund des durchgeführten Zeugenbeweises festgestellt, dass zwischen den Eheleuten A und B seit Mai 1890 in Folge schlechter Gebahrung des Ersteren mit dem Gelde seiner Frau heftige Zerwürfnisse eintraten, welche den Schluss auf eine gegenseitige Abneigung rechtfertigen. Nach Ablauf der richterlich gesetzten einjährigen Frist, für welche die Scheidung von Tisch und Bett bewilligt wurde, ist Frau B einseitig um Trennung der Ehe eingeschritten. Da die gemäss § 113 ABG ausgesprochene temporäre Scheidung nur ein Stadium des Eheprocesses darstellt, war dieses Gesuch als Begehren um Reassumirung des durch das E. vom 7. November 1890 nicht zum definitiven Austrag gelangten Verfahrens zu würdigen und unterlag dasselbe keineswegs dem für die Einleitung des Ehetrennungsprocesses wegen unüberwindlicher Abneigung der Ehegatten statuirten Erfordernisse, dass beide Gatten die Auflösung ihrer Ehe verlangen. Auch die nunmehrige Weigerung des Herrn A, die von ihm ursprünglich im Einverständnisse mit Frau B nachgesuchte Ehetrennung zu bewilligen, kann der Stattgebung des Gesuchsbegehrens nicht im Wege stehen, wenn sich auf Grund der amtlichen Erhebungen herausstellt, dass auf Seite der Gesuchstellerin eine unüberwindliche Abneigung gegen ihren Gatten vorhanden sei. Eine solche Abneigung liegt nun allerdings vor.“ Hierauf folgt die nähere Begründung dieser Feststellung aus den Aussagen der beiden Parteien und der Zeugen, worauf das U. fortfährt: „Bei diesem Sachverhalte musste der Gerichtshof zu der vollen Ueberzeugung gelangen, dass das von Frau A gestellte Begehren um Trennung ihrer Ehe wegen unüberwindlicher Abneigung durch die Veranlassung der Zerwürfnisse motivirt ist und sich als das Ergebniss eines reiflich erwogenen unabänderlichen Entschlusses darstellt. Die Ehetrennung war aus alleinigem Verschulden des Herrn A auszusprechen, weil er die Ursache der Abneigung gesetzt hat und auch während der Dauer der Scheidung von Tisch und Bett häufig Streitigkeiten provocirte.“

Nachdem wider dieses U. vom Vertheidiger des Ehebandes, nicht aber von dem Ehegatten A die Appellation ergriffen worden war, wies die II. J. das Trennungsbegehren ab.

Gründe:

Das über die Appellation des Vertheidigers des Ehebandes zur Ueberprüfung vorgelegte erstrichterliche U. hat ein von beiden Ehegatten mit Gesuch vom 23. August 1890, Z. 80033, gestelltes Begehren um Trennung ihrer Ehe wegen unüberwindlicher Abneigung, über welches jedoch nur die Scheidung von Tisch und Bett für die Dauer eines Jahres

bewilligt worden ist, ferner ein nach Ablauf dieser Frist von der Ehegattin allein erneuertes Verlangen um Trennung ihrer Ehe wegen unüberwindlicher Abneigung zur Grundlage. Bei der Ueberprüfung des erstrichterlichen U. ist daher vor Allem die Frage zu erwägen und zu entscheiden, ob nach dem österreichischen Ehegesetze die im § 115 ABG den nicht katholischen christlichen Religionsverwandten gestattete Trennung der Ehe wegen unüberwindlicher Abneigung unter den angeführten thatsächlichen Verhältnissen gegen den Willen des einen Ehegatten zulässig sei, nachdem sich dieser dem neuerlichen Trennungsbegehren nicht nur nicht angeschlossen hat, sondern demselben mit der Behauptung entgegengetreten ist, dass sich das gegenseitige Verhältniss der Ehegatten freundlicher gestaltet habe, so dass weder er gegen seine Gattin, noch diese wider ihn eine unüberwindliche Abneigung hege. Es muss aber weiters erwogen und entschieden werden, inwieferne die Unterlassung einer Appellation des Herrn A gegen das die Trennung der Ehe aussprechende erstrichterliche U. dasselbe zu beeinflussen vermag. In letzterer Hinsicht ist der § 13 des Hofd. vom 23. August 1819, JGS Nr. 1595, massgebend, welcher bezüglich des gerichtlichen Verfahrens bestimmt, dass die für das Verfahren über die Scheidung von Tisch und Bett ertheilten Vorschriften auch in den Fällen einer Untersuchung über die angesuchte Trennung der Ehe insofern ihre Anwendung finden, als sie sich mit dem Gesetze über die Aufrechterhaltung der Ehe vereinigen lassen. Ebenso ist sich auch der § 1 obigen Gesetzes gegenwärtig zu halten, dass in diesem Verfahren die allgemeinen Grundsätze des rechtlichen Verfahrens in Streitsachen jedoch so weit zur Anwendung kommen, wie es der Begriff und Zweck einer von amtswegen zu pflegenden Untersuchung fordert. Es darf endlich auch der § 18 obigen Gesetzes nicht ausser Acht gelassen werden, welcher im Falle der Bewilligung der Trennung einer Ehe den Vertheidiger des Ehebandes verpflichtet, die Appellation anzumelden und die Acteneinsendung an die höhere Behörde zu verlangen. Aus diesen Bestimmungen des in Fällen der Ehetrennung geltenden Verfahrens leuchtet die Absicht des Gesetzgebers hervor, dass bei dem in Frage kommenden öffentlichen Interesse im Falle eines E. auf Trennung der Ehe gegen den Willen des einen Ehegatten die Unterlassung der Appellation seitens desselben auf die obergerichtliche E. einen bestimmten Einfluss zu üben nicht vermag. In dieser Unterlassung kann auch ein nachträglicher Anschluss an das Trennungsbegehren seiner Gattin nicht erkannt werden, weil sich dieselbe schon daraus erklären lässt, dass ohnehin der Vertheidiger des Ehebandes verpflichtet ist, die Appellation gegen das erstrichterliche U. einzubringen. Für die weitere Frage jedoch, ob in dem vorliegenden Falle die Trennung der Ehe aus dem Grunde der unüberwindlichen Abneigung bewilligt werden dürfe, sind die §§ 115 und 1266 ABG massgebend. Beide Gesetzesstellen fordern übereinstimmend im Falle der Trennung

einer Ehe wegen unüberwindlicher Abneigung das Verlangen beider Ehegatten um Bewilligung der Ehetrennung. Diese Gesetzestellen bringen also den Grundsatz zum Ausdruck, dass beide Ehegatten einig sein müssen, wegen der unüberwindlichen Abneigung die Trennung ihrer Ehe zu begehren, und dass auf das einseitige Begehren des einen Gatten wider den anderen die Ehetrennung nur aus den im § 115 weiters aufgezählten Trennungsgründen zulässig sei. Es ist nun allerdings richtig, dass in dem zu entscheidenden Falle ursprünglich das Trennungsbegehren von beiden Ehegatten gestellt worden ist, und dass dieses Begehren durch die Bewilligung der Scheidung von Tisch und Bett nur eine vorläufige E. gefunden hat. Allein die Bewilligung der Scheidung hat nur den Zweck verfolgt, den Versuch zu machen, durch eine vorläufige Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft eine Beruhigung der aufgeregten Gemüther der Ehegatten herbeizuführen und die Ehe aufrecht zu erhalten oder im Falle des Misslingens dieses Versuches eine zuverlässige Grundlage für die richterliche Ueberzeugung zu gewinnen, dass wegen der bestehenden unüberwindlichen Abneigung die von beiden Ehegatten verlangte Trennung ihrer Ehe die einzige Lösung des für dieselben unerträglich gewordenen ehelichen Verhältnisses sei. Hieraus ergibt sich von selbst, dass im Falle der Erneuerung des Trennungsbegehrens nach Ablauf der Scheidungsfrist beide Ehegatten über die Trennung ihrer Ehe einig sein müssen, weil das Gesetz eine Trennung der Ehe wegen unüberwindlicher Abneigung auf einseitiges Verlangen und gegen den Willen des anderen Ehegatten nicht gestattet. Nachdem in dem gegebenen Falle das auf einseitiges Verlangen der Gatten neuerlich eingeleitete gerichtliche Verfahren zu einer Einigung der beiden Ehegatten, dass sie die Trennung ihrer Ehe wegen unüberwindlicher Abneigung verlangen, nicht geführt, der Gatte vielmehr die bestimmte Erklärung abgegeben hat, dass er in die Trennung der Ehe wegen unüberwindlicher Abneigung nicht willige, so war das von der Ehegattin wider ihren Gatten einseitig erneuerte Trennungsbegehren abzuweisen. Durch die Bewilligung der Trennung würde, wenn man auch auf Grund der Erhebungen auf Seite der Gattin den Bestand einer unüberwindlichen Abneigung annimmt, dieser einseitige Gemüthszustand zum Trennungsgrund wider den Gatten, welcher doch mit Rücksicht auf das durch diese Abneigung seiner Gattin entstandene gegenseitige Verhältniss sich zunächst bestimmt finden müsste, die Trennung der Ehe, obgleich seinerseits eine unüberwindliche Abneigung nicht bestehe, wegen der unüberwindlichen Abneigung seiner Gattin zu verlangen. Wenn aber die Ehegattin in ihrer Appellationseinrede sich darauf berufen hat, dass ihre am 12. Juli 1890, Z. 65492, wider ihren Gatten überreichte Klage auf Ehetrennung darauf fundirt war, dass ihrem auf Grund des § 115 ABG gestellten Begehren auch über Widerspruch ihres Gatten hätte stattgegeben werden müssen, so genügt, derselben entgegen zu halten, dass diese

Klage nicht Gegenstand der obergerichtlichen Beurtheilung ist. Der Appellation war somit stattzugeben, und da ein von den Ehegatten ordnungsmässig gestelltes Trennungsbegehren nicht vorliegt, kann auch auf eine neuerliche Scheidung von Tisch und Bett nicht erkannt werden.

Der OGH stellte das U. I. J. wieder her aus den nachfolgenden

Gründen:

Durch Mitfertigung des Gesuches vom 20. August 1890, Z. 80033, hat Herr A die Erklärung abgegeben, dass er sich dem Begehren seiner Gattin um Bewilligung der Ehetrennung aus dem Grunde unüberwindlicher Abneigung anschliesse. Diese Erklärung hat er am 20. September 1890 vor Gericht persönlich wiederholt und sie entspricht der von ihm in dem Notariatsacte vom selben Tage übernommenen Verbindlichkeit. Mit Rücksicht auf diese Erklärung ist die Zurückziehung der von Frau B wider ihren Gatten bereits früher anhängig gemachten Ehetrennungsklage erfolgt; auf Grund eben dieser Erklärung ist die Verhandlung durchgeführt worden und die darauf beruhende Modificirung des ursprünglichen Begehrens hat bewirkt, dass zufolge des U. vom 7. November 1890 die definitive E. der Ehetrennungsangelegenheit einen einjährigen Aufschub erhalten hat. Das vom Gesetze im § 115 ABG geforderte Begehren beider Ehegatten liegt daher vor und es kann ein einseitiger Widerruf nicht die Annullirung des über das erklärte Einverständniss eingeleiteten Verfahrens herbeiführen, wobei übrigens auch darauf hinzuweisen ist, dass Herr A das die Ehetrennung aussprechende landesgerichtliche U. vom 13. Mai 1892, Z. 35762, unangefochten liess. Thatsachen, durch welche das Vorhandensein einer tiefen Abneigung auf Seite der Frau A constatirt wurde, und Thatsachen, welche wohl geeignet waren, eine solche Abneigung hervorzurufen, sind schon anlässlich der im Jahre 1890 gepflogenen Verhandlung festgestellt worden. Die mit dem U. vom 7. November 1890 ausgesprochene Scheidung von Tisch und Bett für die Dauer eines Jahres sollte mit Rücksicht darauf, dass die Zerwürfnisse zwischen den Eheleuten noch nicht lange bestanden, im Sinne des § 115 ABG dazu dienen, die Ernstlichkeit der dem Trenuungsbegehren zu Grunde liegenden Abneigung zu erproben. Der Ablauf der probeweise festgesetzten Frist hat jedoch, wie bereits in den Gründen des ersten Richters ausgeführt erscheint und wie auch der Vertheidiger des Ehebandes bestätigt, mindestens bei Frau B eine Aenderung der früher bestandenen Gesinnung nicht herbeizuführen vermocht und es findet insbesondere die Behauptung des A, dass sich die Beziehungen zwischen den Ehegatten inzwischen freundlicher gestaltet haben, in den Aussagen der von ihm selbst angerufenen Zeugen durchaus keine Unterstützung, wenn auch die Rücksichtnahme auf die Kinder nicht ohne Einflussnahme auf das äusserliche Verhalten der Eltern bleiben dürfte. Es handelt sich also vor Allem darum, ob das Bestehen einer un-

überwindlichen Abneigung auf Seite des einen Ehegatten einen zureichenden Grund für die Ehetrennung nach § 115 ABG bildet und diese Frage muss allerdings bejahrt werden, da die entgegengesetzte Ansicht weder in dem Wortlaute noch in dem Geiste des Gesetzes eine ausreichende Stütze findet. Das Gesetz spricht wohl von einem Verlangen beider Ehegatten; dass aber die unüberwindliche Abneigung, wegen welcher die Auflösung verlangt wird, eine beiderseitige sein müsse, ist dort nicht gesagt, und es bedarf auch keines Beweises, dass die heftige und tief wurzelnde Abneigung des einen Ehegatten, wenn sie auch von dem anderen Gatten nicht oder doch nicht in gleichem Masse getheilt wird, vollkommen zureicht, um das eheliche Zusammenleben zu einem unleidlichen zu gestalten und jeden Zweck, der durch Aufrechterhaltung der Ehe angestrebt werden könnte, gänzlich zu vereiteln. Es muss dies im erhöhten Masse gelten, wenn es bereits zu Beschimpfungen und vehementen Streitigkeiten gekommen ist, und es ist daher für die E. unerheblich, zu untersuchen, inwieferne das damalige Verhalten des A zu der Annahme berechtigt, dass seine von ihm in dem früheren Verfahren 1890 zugegebene und aus den durch die Zeugenaussagen bestätigten Vorgängen hervorleuchtende Abneigung gegen seine Gattin seither geschwunden sei. In Anbetracht dessen wurde es bei der von dem ersten Richter ausgesprochenen Trennung der Ehe belassen.

2936.

Die Behauptung des Beklagten, das eingeklagte Darlehen nicht für sich, sondern für einen Dritten verlangt und erhalten zu haben, ist nicht als qualificirter Widerspruch, sondern als Einwendung anzusehen.

E. v. 17. November 1892, Z. 13090. — (JMB 853 ex 93, Seite 10.)

Gegen die Klage des A wegen Zahlung einer Darlehenssumme wendete die Geklagte B ein, dass sie das Darlehen nicht für sich, sondern für ihren Mann verlangt und auch erhalten habe. Dieser Umstand wurde von A widersprochen.

Die I. J. erkannte auf den durch die Geklagte abzuschwörenden negativen Haupteid darüber, dass sie das Darlehen für sich verlangte, in der Erwägung, dass die Einwendung der B als ein Widerspruch der Klagebehauptungen anzusehen ist, und daher Kläger nach § 104 AGO seine Angaben zu beweisen hat.

Ueber die Appellation des Klägers erkannte die II. J. auf den durch den Haupteid des Klägers herzustellenden Beweis der Geklagten über den Umstand, dass sie das fragliche Darlehen für ihren Mann begehrte und erhielt; denn, da die Geklagte zugibt, vom Kläger das Darlehen erhalten zu haben, ist lediglich der Umstand zu entscheiden, ob die Geklagte das Darlehen für sich oder für ihren Mann verlangt und erhalten

hat. Da nun Kläger die Behauptungen der Geklagten widersprochen hat, obliegt der letzteren nach § 104 AGO der Beweis ihrer Anführungen.

Der OGH hat über die Revision der Geklagten die E. II. J. in der Erwägung bestätigt, dass nach der vom OLG richtig erörterten Actenlage seitens der Geklagten keineswegs ein qualificirter Widerspruch, sondern eine Einwendung vorliegt, deren Beweis nach § 104 AGO ihr obliegt.

2937.

Die Versicherungssumme auf den Ablebensfall gehört nicht in den Nachlass des Versicherungsnehmers.

E. v. 17. November 1892, Z. 13382. — (Przegl. III ex 93, Seite 66.)

I. BG Rohatyn.
II. OLG Lemberg.

Im Abhandlungsverfahren nach A erkannte die I. J., dass die auf den Ablebensfall des Erblassers genommene Police der Wiener Versicherungs-Gesellschaft „Phönix“ über 2000 fl. zwar einen Bestandtheil des Nachlassvermögens bildet, jedoch den Erben nicht sofort erfolgt, sondern zu Gerichtshanden erlegt werden soll, weil ob dem Nachlassvermögen des A mehrere Forderungen des Staatsaerars haften.

Ueber Recurs der Erben hat die II. J. diese E. abgeändert und die sofortige Ausfolgung dieser Police an die Erben bewilligt, weil dem Erblasser selbst kein Anrecht auf diese Summe zustand, mithin dieselbe nicht in seinen Nachlass gehört und die Gläubiger des Erblassers hierauf keinen Anspruch erheben können; selbst die Erben können nicht als solche aus dem Titel des Erbrechtes, sondern lediglich im Grunde des abgeschlossenen Versicherungsvertrages diese Summe beanspruchen. Es hat daher mit Recht der Gerichtscommissär die Versicherungssumme nicht in das Nachlassinventar aufgenommen (§ 104 Abh.-Pat.) und die Anerkennung desselben als Nachlassobject seitens des Erstrichters unter Einschränkung der beliebigen Behebung ist ungerechtfertigt.

Ueber Revisionsrecurs der Finanzprocuratur bestätigte der OGH die E. II. J. als dem Gesetze entsprechend.

2938.

Wenn eine Waggonthüre während der Fahrt in Folge des Windzuges zugeschlagen wird, so ist ein Betriebsunfall vorhanden.

Cassations-E. v. 18. November 1892, Z. 12625. — (Przegl. II ex 93, Seite 35.)

I. KG Sambor.
II. OLG Lemberg.

Im Stritte der A wider die Verwaltung der Staateisenbahnen pcto. Schadenersatzes per 2249·25 fl. s. N. G. erkannte der OGH unter Abänderung der E. beider Untergerichte, die Belangte habe der Klägerin

einen Betrag per 70·12$^1/_2$ fl. unbedingt — dagegen von der weitern Klagssumme eine Theilquote per 225 fl. gegen Ablegung des vom Erstrichter zugelassenen Schätzungseides der A dahin, dass sie sich ihren durchschnittlichen Tageserwerb auf den Betrag per 3 fl. ö. W. schätze, falls jedoch die Klägerin einen Betrag unter 3 fl. als täglichen Verdienstentgang abschwören sollte, nur jene Theilquote der Klagssumme zu bezahlen, welche der abgeschworenen Summe des sohinigen Tagesverdienstes für einen Zeitraum von 5 Monaten, d. i. 150 Tagen, entsprechen wird.

Gründe:

Durch das Ergebniss der Verhandlung erscheint constatirt, dass die Waggonthüre jenes Personenzuges, in welchem die A am 4. October 1890 von St. nach S. fuhr, zwischen den Stationen B. und L. während der Fahrt sich öffnete, und, als die A in der Absicht, dieselbe zu schliessen, mit der rechten Hand an den Waggon sich anhielt, um nicht herauszufallen, durch den entgegengesetzten starken Windzug zugeschlagen wurde, wobei die B an dem Daumen der rechten Hand in der aus dem Sachverständigen-Gutachten ersichtlichen Weise verletzt wurde. Wird nun erwogen, dass die den Zug begleitenden Conducteure instructionsgemäss verpflichtet sind, die Waggonthüren vor dem Abgange des Zuges gehörig zu schliessen und abzusperren und weiters darauf zu achten, dass dieselben während der Fahrt nicht geöffnet werden, dass jedoch nicht dargethan wurde, es habe in vorliegendem Falle die A oder Jemand Anderer jene Waggonthüre während der Fahrt geöffnet, so ist die Zuschlagung derselben durch den starken Windzug als ein Betriebsunfall anzusehen, durch welchen die A eine Verletzung am Körper erlitt, und welche zufolge § 1 des Gesetzes vom 5. März 1869, RGB Nr. 27, dem Verschulden der Bahn beziehungsweise deren Angestellten zuzuschreiben ist; es muss daher in Uebereinstimmung mit dem Erstrichter die Verpflichtung der Belangten zur Ersatzleistung an die A im Grunde der §§ 1293—1295, dann 1325 ABG als begründet anerkannt wurden. Aber auch die A ist nicht von jedem Verschulden an der erlittenen Verletzung freizusprechen, wenn erwogen wird, dass sie bei dem Vorhaben, die Thüre zu schliessen, die Wirkung des laut ihrer eigenen Angabe dazumal herrschenden starken Windes hätte in Betracht ziehen und die Ueberzeugung gewinnen sollen, dass auch der Windzug die Thüre in Bewegung setzen könne, dass sie also. falls sie, ohne zwingende Nothwendigkeit zur Schliessung der Thüre schreitend, die rechte Hand an eine Stelle derselben anlegte, wo sie bei etwaiger Zuschlagung der Thür verletzt werden konnte und in der That verletzt wurde, nicht jenen Grad von Aufmerksamkeit aufgewendet hat, den sie nach der Sachlage hätte aufwenden sollen. Angesichts dessen war zu erkennen, dass die Streittheile den Schaden zufolge § 1304 cit. zu gleichen Theilen tragen sollen.

2939.

Anlässlich des von einem concessionirten Pfandleiher nach dem Gesetze vom 23. März 1885, RGB Nr. 48, und der MV vom 24. April 1884, RGB Nr. 49, vorgenommenen cumulativen Erlages der Ueberschüsse von feilgebotenen Pfandstücken ist für die unbekannten Verpfänder ein Curator im Sinne des § 276 ABG zu bestellen.

E. v. 22. November 1892, Z. 13413. — (JMB 850 ex 93, Seite 6.)

Der concessionirte Pfandleiher A erlegte den Betrag von 182 fl., der sich laut vorgelegter Verzeichnisse bei den Licitationen nicht eingelöster Pfandstücke als Ueberschuss ergeben hatte, zu Gericht und bat um Bestellung eines Curators für die unbekannten Verpfänder.

Die I. J. hat diesen Erlag zu Gericht angenommen, für die unbekannten Ansprecher der Erläge einen Curator bestellt und denselben aufgefordert, wegen Behebung eines entsprechenden Betrages aus diesem Erlage zur Ausfolgung an etwa sich meldende Ansprecher der Pfandüberschüsse, sowie wegen Fructificirung des sohin verbleibenden Restes seine Anträge zu stellen.

Ueber den Recurs des Wiener Magistrates namens des allgemeinen Versorgungsfondes hat die II. J. diese E. dahin abgeändert, dass das Begehren des A abgewiesen werde, weil im Sinne des Ges. vom 23. März 1885, RGB Nr. 48, die zum Schutze der Rechte des Verpfänders nach Verkauf seines verfallenen Pfandes angeordneten Verfügungen auf den gerichtlichen Erlag des Erlösüberschusses eingeschränkt sind; nach § 4 des obigen Gesetzes nicht einmal die Benachrichtigung des Verpfänders von der Bewilligung und der Vollziehung des Pfandverkaufes erforderlich ist, und sohin eine über den gerichtlichen Erlag des Ueberschussbetrages hinausgehende gerichtliche Verfügung zum Schutze der Rechte des Verpfänders, insbesonders die Bestellung eines Curators nach § 276 ABG nicht geboten erscheint.

Der OGH hat über den Revisionsrecurs des Curators den erstrichterlichen B. aus nachstehenden Erwägungen wieder hergestellt:

Wenn auch weder in dem Gesetze vom 23. März 1885, RGB Nr. 48, (§ 4), noch auch in der MV vom 24. April 1885, RGB Nr. 49, (§ 13) und jener vom 1. October 1892, RGB Nr. 176, eine specielle Verständigung der Verpfänder, rücksichtlich Pfandscheinbesitzer, von dem gerichtlichen Erlage der von dem Erlöse ihres Pfandes verbliebenen Ueberschüsse oder die Bestellung eines Curators für dieselben vorgeschrieben erscheint, so kann doch das von A gestellte Begehren, für die unbekannten Verpfänder einen Curator zu bestellen, nicht als ein unzulässiges angesehen werden. Denn zu einer solchen Curatorsbestellung sind die allgemeinen Bedingungen des § 276 ABG vorhanden, da die Rechte der unbekannten Verpfänder, rücksichtlich Pfandscheinbesitzer allerdings inso-

fern gefährdet erscheinen, als im Falle der Nichtbehebung der erlegten Ueberschüsse durch einen Zeitraum von fünf Jahren nach dem Verkaufe deren Verfall zu Gunsten der Ortsarmen eintritt, mag nun diese Behebung deshalb nicht erfolgen, weil den einzelnen Verpfändern der Verkauf ihrer Pfänder, die Erzielung eines Ueberschusses und der gerichtliche Erlag derselben unbekannt geblieben ist, oder weil der dem einzelnen zukommende Ueberschuss so gering ist, dass die Kosten der gerichtlichen Erfolglassung desselben diesen Betrag erreichen oder übersteigen würden. Nachdem es nun einerseits nicht ausgeschlossen ist, dass durch die Thätigkeit des bestellten Curators, insbesonders mit Rücksicht auf die Aufzeichnungen des Pfandleihbuches, wie solche im § 2, lit. b der MV vom 24. April 1885, RGB Nr. 49, vorgeschrieben sind, einzelne solcher unbekannter Verpfänder, für welche Ueberschüsse gerichtlich erliegen, ausgeforscht und zur Behebung des ihnen Gebührenden veranlasst werden, anderseits zweifellos dem einzelnen Berechtigten ein grösserer, mit seinem Ueberschusse ausser Verhältniss stehender Kostenaufwand für die gerichtliche Erfolglassung erspart werden kann, erscheint die erstrichterliche Verfügung nicht blos nicht ungesetzlich, sondern umsomehr zweckdienlich, als die Gerichte dafür Vorsorge zu treffen hatten, dass die Fructificirung und Erfolglassung der gerichtlich erlegten Pfänderüberschüsse an die zunächst anspruchsberechtigten Verpfänder in geeigneter und für die zumeist minder bemittelten Personen in wenigst kostspieliger Weise stattfinden könne, während anderseits der Verfall des Ueberschusses zu Gunsten der Ortsarmen im Falle der Nichtbehebung derselben durch einen Zeitraum von fünf Jahren erst in zweiter Linie in Betracht kommen kann.

Im Hinblicke hierauf und angesichts der Bestimmung des § 2, Z. 10 des Abh.-Pat., nach welcher das Gericht im ausserstreitigen Verfahren keine zu seiner und der Theilnehmenden Sicherheit nöthige Vorsicht zu vernachlässigen angewiesen ist, war der erstrichterliche B. wieder herzustellen.

2940.

Das Gesuch um Zulassung zur Advocatenprüfung ist bei jenem OLG einzubringen, in dessen Sprengel der Advocaturscandidat seine Praxis genommen hat.

E. v. 22. November 1892, Z. 13462. — (GH 18 ex 93, Seite 157.)

Der Advocaturscandidat Dr. A., welcher bei dem LG in Czernowitz die Rechtspraxis in der Dauer von einem Jahre und einem Tag, ferner zuerst in Czernowitz und dann in Lemberg die Advocaturpraxis in der Dauer von vier Jahren acht Monaten und zwanzig Tagen vollstreckt hat, somit eine Praxis in der Gesammtdauer von fünf Jahren acht Monaten einundzwanzig Tagen auswies, wurde über sein Ansuchen vom OLG in Lemberg

zur Advocatenprüfung zugelassen. Es wurde jedoch die mit ihm im November 1891 vorgenommene schriftliche und mündliche Prüfung mit dem Bemerken für ungenügend erkannt, dass ihm zur Wiederholung ein dreimonatlicher Termin bestimmt werde.

Die bei demselben OLG im März, respective April 1892 mit ihm zum zweiten Male vorgenommene schriftliche und mündliche Advocatenprüfung wurde ebenso mit B. vom 20. April 1892, Z. 9365, für ungenügend erkannt, ohne ihm eine Wiederholung derselben offen zu lassen, rücksichtlich einen Termin zu derselben zu bestimmen.

Nun brachte Dr. A bei dem OLG in Wien das Gesuch um Zulassung zur Advocatenprüfung, also zur zweiten Wiederholung ein, da er durch Familienverhältnisse genöthigt sei, mit seiner Familie nach Niederösterreich zu übersiedeln und dort seine Praxis fortzusetzen.

Das OLG in Wien hat dieses Gesuch dem Einschreiter mit dem Bedeuten zurückgestellt, dass es nach seinem Wirkungskreise demselben nicht stattzugeben finde, weil der im § 3 der MV vom 11. October 1854, RGB Nr. 264, bezogene § 15 der kais. Vdg. vom 10. October 1854, RGB Nr. 262, nur die einmalige Wiederholung der Prüfung gestattet und nach § 4 der ersteren Verordnung die Advocatenprüfung auch die Richteramtsprüfung vertritt, daher es nicht statthaft ist, dass ein Candidat, welcher die Prüfung zweimal nicht bestanden hat, nochmals zur Wiederholung zugelassen werde (§ 4 der cit. kais. Vdg.).

Ueber den Recurs des Dr. A hat der OGH die oberlandesgerichtliche E. dahin abzuändern befunden, dass Gesuchsteller mit dem Gesuche an das OLG in Lemberg als der diesfalls competenten Behörde gewiesen werde, weil nach § 3 der Vdg. vom 11. October 1854, RGB Nr. 264, und § 9 der Vdg. vom 10. October 1854, RGB Nr. 262, die Gesuche um Zulassung zur Advocatenprüfung bei jenem OLG einzubringen sind, woselbst der Gesuchsteller die Praxis genommen hat, und weil daher Gesuchsteller das Gesuch um Gestattung der Wiederholung der Advocatenprüfung bei dem OLG zu Lemberg einzubringen hatte, zumal er nach den Gesuchsbeilagen in die Liste der Advocaturscandidaten zu Czernowitz noch derzeit eingetragen ist, übrigens nur das OLG in Lemberg, bei welchem er bereits zweimal ohne Erfolg die Advocatenprüfung abgelegt hat, über die nochmalige Zulassung hiezu zu entscheiden berufen sein kann.

2941.

Zwischen einem Christen und einer confessionslosen Person kann keine giltige Ehe geschlossen werden.

E. v. 22. November 1892, Z. 13593. — (JMB 854 ex 93, Seite 11.)

Der Israelit A erklärte sich für confessionslos und schloss mit der Katholikin B vor der politischen Behörde eine Civilehe, welche von beiden

Untergerichten wegen des im § 64 ABG bezeichneten Ehehindernisses für ungiltig erklärt wurde.

Der OGH hat die Revisionsbeschwerde des Vertheidigers des Ehebandes zurückgewiesen aus nachstehenden

Gründen:

Die untergerichtlichen E. sind gesetzlich begründet, weil der § 64 ABG durch die nachgefolgten Gesetze vom 25. Mai 1868, RGB Nr. 47, vom 31. December 1868, RGB Nr. 4 ex 1869, und vom 9. April 1870, RGB Nr. 51, keinerlei Aenderung erfahren hat, vielmehr durch Artikel I des erstgenannten Gesetzes ausdrücklich in Kraft erhalten worden ist. Unter Ehehindernissen sind nach Massgabe des § 47 ABG solche Thatumstände zu verstehen, deren Vorhandensein die Giltigkeit der Ehe nach dem Gesetze ausschliesst, und verfolgt daher die Statuirung der Ehehindernisse den Zweck, festzusetzen, welche Erfordernisse eine Ehe haben muss, um giltig zu sein; die Anordnung des § 64 ABG kann nach dem Begriffe eines Ehehindernisses nur dahin aufgefasst werden, dass eine Ehe nach Massgabe des ABG giltig nur zwischen zwei Personen eingegangen werden kann, von denen sich nicht blos die eine, sondern welche sich beide zur christlichen Religion bekennen; dies trifft aber in Ansehung einer christlichen und einer confessionslosen Person nicht zu, da sich eben letztere zur christlichen Religion nicht bekennt; es ist daher die Ehe zwischen dem confessionslosen A und der katholischen B mit Recht für ungiltig erklärt worden.

2942.

Durch den der MV vom 25. Juni 1890, RGB Nr. 129, beigegebenen Advocatentarif ist das Hofd. vom 4. October 1833, JGS Nr. 2633, nicht ausser Wirksamkeit gesetzt.

E. v. 22. November 1892, Z. 13597. — (GH 1 ex 93, Seite 6.)

I. BG Karbitz.
II. OLG Prag.

Die I. J. hat die von dem Advocaten Dr. A gegen die Verlassenschaft der B anlässlich der von ihm geleisteten rechtsfreundlichen Vertretung in dem Streite gegen die Kohlenbergbau-Gesellschaft C mit 523 fl. liquidirten Kosten nach im Sinne des Hofd. vom 11. October 1883, JGS Nr. 2633, gepflogenem Einvernehmen der Parteien mit 199 fl. bestimmt.

Ueber den Recurs des Vertreters der Verlassenschaft der B hat das OLG den angefochtenen B. sammt dem vorangegangenen Verfahren behoben und die Rückstellung des Gesuches an Dr. A verordnet; weil, nachdem der im § 17 AO in Aussicht gestellte Advocatentarif bereits im Wege der Gesetzgebung festgesetzt und in Kraft ist, das Hofd. vom 4. October 1833, JGS Nr. 2633, seine Wirksamkeit verloren hat, und

es dem Dr. A nunmehr blos freisteht, sich allenfalls nach § 19, Alinea 2 der AO zu benehmen.

Ueber die Revisionsrecurse beider Theile hat der OGH diese E. aufzuheben und dem OLG zu verordnen befunden, über den Recurs des Vertreters der Verlassenschaft der B absehend von dem gebrauchten Entscheidungsgrunde in der Sache selbst zu entscheiden, weil das Hofd. vom 4. October 1833, JGS Nr. 2633, weder durch ein Gesetz ausdrücklich aufgehoben, noch auch durch den der MV vom 25. Juni 1890, RGB Nr. 129, beigegebenen Advocatentarif ausser Wirksamkeit gesetzt ist, indem der § 17 der AO vom 6. Juli 1868, RGB Nr. 96, die fernere Wirksamkeit dieses Hofd. nicht ausschliesst.

2943 u. 2944.

Auf Grund eines obsiegenden U. zweiter Instanz ist mittlerweilige Sicherstellung nicht zu bewilligen.

E. v. 22. November 1892, Z. 13626 u. 13627. — (GH 17 ex 93, Seite 148.)

Auf Grund der in demselben Stritte ergangenen obergerichtlichen E. suchte die Klägerin wegen der ihr zugesprochenen Kosten um sicherstellungsweise Mobilarexecution und um Vormerkung des executiven Pfandrechtes auf die Forderungen des Geklagten per 10.893·78 fl. und 3600 fl. ob den Realitäten Nr. 1 und 19 in S. an.

Beiden Gesuchen wurde in I. J. stattgegeben.

Ueber die dagegen ergriffenen Recurse des A. S. änderte das OLG beide B. ab und ordnete dem BG im zweiten Falle das weitere Verfahren nach § 133 des Ges. vom 25. Juli 1871, RGB Z. 95, an, weil § 259 AGO in Verbindung mit § 261 AGO keine Bestimmung enthält, dass die in I. J. unterlegene, in II. J. obsiegende Partei für den Fall der Einbringung der Revisionsbeschwerde von dem Gegentheile die Sicherstellung der mit E. der II. J. ihr zugesprochenen Kosten fordern könne, weshalb auch eine Analogie aus § 259 AGO, der eine Sicherstellung einzig und allein der in I. J. zugesprochenen Kosten zulässt, nicht platzgreifen könne.

Der Revisionsrecurs der Klägerin gegen beide E. wurde vom OGH abgewiesen aus den richtigen Gründen der II. J. und in der weiteren Erwägung, dass die Bestimmung des § 18 kais. Vdg. vom 27. October 1849, Z. 12, nach dem Tenor dieses Gesetzes nur auf die Hauptsache zu beziehen sei, keineswegs auf die zugesprochenen Kosten, dass die Klägerin, die in II. J. in der Hauptsache obgesiegt hat, nur um Sicherstellung für die zugesprochenen Kosten angesucht hat, ohne dass sie erwiesen hätte, dass die Bedingungen einer Sicherstellung vorliegen, weshalb ihr Ansuchen abzuweisen war.

2945.

Die nachträgliche Erklärung, einem mit Klage anhängig gemachten Rechtsstreite als Mitkläger beitreten zu wollen, ist nur mit Zustimmung des in der Klage aufgetretenen Klägers zulässig.

E. v. 22. November 1892, Z. 13686. — (JMB 845 ex 92, Seite 208.)

Die von der A abgegebene Erklärung, dass sie dem vom B und C gegen X mit Klage anhängig gemachten Rechtsstreite als Mitklägerin beitrete, wurde von der I. J. dem Geklagten X im Original zugefertigt.

Dem dagegen vom X eingebrachten Appellationsrecurse hat das OLG keine Folge gegeben, weil durch die blosse Verständigung des Geklagten von der abgegebenen Erklärung durch Zufertigung einer Vollschrift des betreffenden Gesuches ein Präjudiz nicht geschaffen wird, daher das diesfällige Ansuchen nicht unstatthaft erscheint.

Der OGH hat dem a. o. Revisionsrecurse des Geklagten X stattgegeben, die obergerichtliche E. abgeändert und das Gesuch der A mit der Erklärung des Beitrittes zur Klage als gerichtsordnungswidrig abgewiesen, weil damit der Eintritt in die active Streitgenossenschaft angestrebt wird, Gesuchstellerin die Zustimmung der mit der Klage aufgetretenen Kläger zu diesem Eintritte nicht nachgewiesen hat, diese Zustimmung aber wegen der durch die Processobligation begründeten Verbindlichkeiten der Streitgenossen gegeneinander nicht entbehrlich ist.

2946.

In Oesterreich residirende Consuln der Vereinigten Staaten von Nordamerika können, auch wenn sie amerikanische Staatsbürger sind, in Privatrechtsangelegenheiten vor den österreichischen Gerichten belangt werden.

E. v. 22. November 1892, Z. 13629. — (JMB 851 ex 93, Seite 8.)

Die I. J. hat die Klage des A gegen den in einer österreichischen Stadt residirenden Consul der Vereinigten Staaten von Nordamerika B wegen Vaterschaftsanerkennung und Leistung der Alimente dem Geklagten zur Einrede zugestellt.

Gegen diesen Bescheid brachte B den Appellationsrecurs ein, welcher vom OLG abgewiesen wurde, weil die Norm des § 28 des kais. Pat. vom 20. November 1852, RGB Nr. 251, durch die Consularconvention vom 11. Juli 1870, RGB Nr. 116 ex 1871, keine Aenderung erfahren hat.

Der dagegen von B eingebrachte a. o. Revisionsrecurs wurde vom OGH zurückgewiesen, weil durch den Staatsvertrag vom 11. Juli 1870, RGB Nr. 116 ex 1871, den in Oesterreich bestellten Consuln der Vereinigten

Staaten von Nordamerika, auch wenn sie Bürger des bestellenden Staates sind, nicht die volle Exterritorialität, sondern blos eine allerdings auch beschränkte persönliche Immunität in Strafsachen, in Civilsachen mit Ausnahme des Falles, wenn sie Kaufleute sind und in Handelssachen Verbindlichkeiten eingehen, die Befreiung von der Haft, dann die bedingte Befreiung von der Verbindlichkeit, vor Gericht zu erscheinen, eingeräumt ist; weil sich hieraus ergibt, dass im Uebrigen der Grundsatz des § 28 JN durch den erwähnten Staatsvertrag keine Aenderung erfahren hat, die Consuln der Vereinigten Staaten von Nordamerika daher, auch wenn sie amerikanische Bürger sind, mit Absehen von den in dem Staatsvertrage festgesetzten Exemtionen im Uebrigen der Justizhoheit des österreichischen Staates unterstehen und in ihren privaten Rechtsangelegenheiten vor dessen Gerichten belangt werden können, zumal daraus, dass ein bestimmtes Executionsmittel ihnen gegenüber ausgeschlossen ist, nicht gefolgert werden kann, dass jede Rechtsverfolgung gegen sie vor österreichischen Gerichten unzulässig ist, und auch die Befreiung von der Verpflichtung, als Zeuge vor Gericht zu erscheinen, noch nicht zur Folge hat, dass sie von jeder Verantwortung vor Gericht befreit sind; und weil sonach auch die Annahme der vorliegenden Klage zu Gericht gerechtfertigt erscheint.

2947.

Die Zinsen einer Satzpost sind bei der Meistbotsvertheilung nur bis zum Feilbietungstage, nicht bis zum Zahlungstage zu liquidiren.

E. v. 22. November 1892, Z. 16534. — (JB 6 ex 93, Seite 71.)

I. st.-del. BG Hietzing.
II. OLG Wien.

Während die I. u. II. J. übereinstimmend dem Begehren des Satzgläubigers X um Zuweisung der fünfpercentigen Zinsen seiner Forderung bis zum Zahlungstage aus dem Meistbote stattgegeben haben, wurde vom OGH dem a. o. Revisionsrecurse des Nachhypothekars gegen diese gleichförmigen E. Folge gegeben, und das Begehren um Zuweisung der Zinsen vom Feilbietungstage weiter bis zum Zahlungstage abgewiesen, indem zugleich diese Zinsenbeträge dem zunächst zum Zuge gelangenden Nachhypothekar zugewiesen wurden. „Denn durch die Feilbietung des Pfandobjectes wird das Pfandrecht für die Hypothekarforderungen realisirt, und es haben dieselben demnach aus dem Erlöse nur in jener Höhe an Capital und Zinsen Befriedigung zu finden, in welcher dieselben zur Zeit der Feilbietung bestanden. Die Zuweisung von Zinsen für einen späteren Zeitraum entspricht daher nicht dem Gesetze, wornach in dieser Beziehung die untergerichtlichen E. abzuändern waren.“

2948.

Nur bei Bestellung des Heiratsgutes aus dem eigenen Vermögen der minderjährigen Braut ist nach § 1245 ABG die Sicherstellung desselben erforderlich.

E. v. 23. November 1892, Z. 13480. — (JMB 858 ex 93. Seite 11.)

In der Pflegschaftssache der minderjährigen A wurde das Gesuch ihres Vaters um Ermächtigung zum notariellen Abschlusse der mit dem B nach dem vorgelegten Entwurfe abzuschliessenden Ehepacten wegen Mangels angemessener Sicherheit für das Heiratsgut und die allfälligen Witwenansprüche von der I. und II. J. abgewiesen, weil die dem Vertragsentwurfe zufolge vom Bräutigam für das vom Brautvater zu gebende Heiratsgut, sowie für die vertragsmässigen allfälligen Witwenansprüche als Hypothek zu bestellenden Realitäten nach ihrem Werthe im Vergleiche mit den auf denselben haftenden Tabularlasten nicht geeignet erscheinen, eine angemessene Sicherheit zu bieten, auch wenn von den Erfordernissen einer vollen Pupillarsicherheit abgesehen werden wollte.

Dem a. o. Revisionsrecurse des Vaters der A stattgebend, fand der OGH in Abänderung der unterrichterlichen E. dem Gesuche des Revisionswerbers Folge zu geben, weil nach § 1245 ABG eine Sicherstellung des Heiratsgutes nur dann erforderlich ist, wenn dasselbe aus dem Vermögen der minderjährigen Braut bestellt wird, dieser Fall aber vorliegend nicht zutrifft, da das Heiratsgut vom Brautvater aus eigenem Vermögen bestellt wird, und Eltern, welche aus eigenem Vermögen der Tochter ein Heiratsgut bestellen, nicht zur Pflicht gemacht werden kann, die im § 1245 ABG gemeinte Sicherstellung zu erwirken.

2949.

Zulässigkeit des Begehrens auf Vorlage der Handelsbücher protocollirter Firmen in Rechtsstreiten, welche nicht zur Handelsgerichtsbarkeit gehören.

E. v. 23. November 1892, Z. 13536. — (JMB 856 ex 93, Seite 12.)

In der beim Civilgerichte anhängigen Rechtssache des A wider die protocollirte Firma B wegen Unwirksamkeit von Rechtshandlungen stellte Kläger das Begehren, der Geklagten die Vorlegung ihrer Handelsbücher nach Artikel 37 HG aufzutragen; dasselbe wurde von der I. J. abgewiesen, weil die Bestimmungen des HGB nach Artikel 1 nur in Handelssachen zur Anwendung kommen, der vorliegende Process aber keine Handelsrechtssache ist.

Die II. u. III. J. gaben dem Begehren des A statt, letztere aus nachstehenden

Gründen:

Die geklagte Firma ist als eine protokollirte Handelsfirma sowohl zur Führung der Handelsbücher, als auch nach Art. 37 HGB verpflichtet, ihre Handelsbücher im Laufe eines Processes über den auf Antrag der Gegenpartei zu erlassenden Auftrag des Richters vorzulegen. Diese Verpflichtung besteht auch dann, wenn es sich um Streitigkeiten handelt, welche nicht in die Zuständigkeit der Handelsgerichte fallen, wie sich dies aus der Bestimmung des § 19 des Einführungsgesetzes zum HGB ergibt, nach welcher den Handelsbüchern der Kaufleute auch gegenüber den Nichtkaufleuten Beweiskraft zukommt.

2950.

Die Betheiligung des Geklagten bei einer einverständlich erstreckten Tagfahrt kann nicht als eine Einlassung in den Streit angesehen werden und das Begehren auf Erlag einer Caution zur Sicherstellung der Gerichtskosten ist auch nach einer solchen Tagfahrt zulässig.

E. v. 23. November 1892, Z. 13630. — (GH 9 ex 93, Seite 78.)

I. BG Gablonz.
II. OLG Prag.

In der Rechtssache des A gegen die Firma B pcto. Zahlung von 619 M. hat die I. J. dem Kläger aufgetragen, der geklagten Firma Sicherstellung für die Strittkosten durch Erlag einer Caution von 60 fl. zu leisten oder zu schwören, dass er sich diesen Betrag von 60 fl. nicht verschaffen könne, widrigens die geklagte Firma nicht gehalten wäre, auf die Klage Rede und Antwort zu geben, denn das Begehren um Erlag der Klagscaution kann von dem Geklagten vor Erhebung einer Einwendung, insbesonders vor Erstattung der Einrede jederzeit gestellt werden und war im vorliegenden Falle die geklagte Firma zu diesem Begehren umsomehr berechtigt, da der Kläger im Auslande seinen ordentlichen Wohnsitz hat.

Dem Recurse des Klägers A hat das OLG theilweise stattgegeben und den angefochtenen Bescheid, insoferne er die Sanction enthält, dass die geklagte Firma, im Falle der Kläger weder die Klagscaution leistet, noch den Armuthseid ablegt, nicht gehalten sein soll, auf die Klage Rede und Antwort zu geben, dahin abgeändert, dass die Sanction zu entfallen habe, im Uebrigen jedoch den Recurs abgewiesen.

Denn wenn auch eine gesetzliche Bestimmung, dass das Begehren um Erlag einer Klagscaution gleich bei der ersten Tagfahrt oder binnen einer gewissen Frist gestellt werden müsse, nicht besteht, vielmehr gemäss § 408 AGO auch noch im Laufe des Processes mehrere Sicherheit, somit auch die Klagscaution überhaupt begehrt werden kann und mithin der Recurs, insoferne er die gänzliche Abweisung des Begehrens der geklagten

Firma um Anhaltung des Klägers zur Cautionsleistung oder Ablegung des Armuthseides anstrebt, unbegründet erscheint; so kann doch bei dem Umstande, als die geklagte Firma bei der ersten, am 30. Juli 1892 abgehaltenen Tagfahrt nicht sofort das Cautionsbegehren gestellt, sondern ohne jeden Vorbehalt, daher offenbar zur Verhandlung in der Hauptsache, um die Erstreckung dieser Tagfahrt angesucht hat, in welcher concludenten Handlung allerdings eine Einlassung in den Streit erblickt werden muss, das erst bei der erstreckten Tagfahrt vorgebrachte Begehren um Anhaltung des Gegners zur Cautionsleistung oder Ablegung des Armeneides eben mit Rücksicht auf die Bestimmung des obenbezogenen § 408 AGO nicht mehr die Wirkung haben, dass hiedurch der Process in der Hauptsache gehemmt werden könnte, weshalb die diese rechtliche Wirkung aussprechende Sanction aus dem angefochtenen Bescheide ausgeschieden werden muss.

Dem Revisionsrecurse der Firma B hat der OGH Folge zu geben, die oberlandesgerichtliche E. in ihrem abändernden Ausspruche abzuändern und den erstrichterlichen Bescheid dahin abzuändern befunden, dass in demselben der ausgeschiedene Absatz „widrigens die geklagte Firma nicht gehalten wäre, auf die Klage Rede und Antwort zu geben“, wieder aufgenommen werde; denn nachdem die beiden unteren Instanzen die Verpflichtung des Klägers zur Leistung der actorischen Caution, beziehungsweise Ablegung des Paupertätseides anerkannt haben, ergibt sich hieraus die im § 406 AGO ausgesprochene Rechtsfolge von selbst, dass vor Leistung der actorischen Caution, beziehungsweise vor Ablegung des Paupertätseides die Geklagte nicht gehalten werden kann, auf die Klage Rede und Antwort zu geben, zumal eine gesetzliche Bestimmung, dass das Begehren um Erlag einer Klagscaution bei der ersten Tagfahrt oder binnen einer bestimmten Frist gestellt werden müsste, nicht besteht, die Betheiligung der geklagten Firma bei der am 30. Juli 1892 einverständlich erstreckten Tagfahrt aber als ein Einlassen derselben in den Rechtsstritt nicht angesehen werden kann und die Bestimmung des § 408 AGO deshalb hier keine Anwendung findet, weil es sich um die Leistung einer Mehrcaution nicht handelt.

2951.

Zur Beurtheilung der Frage, wann die Notare als Gerichtscommissäre die ihnen ihm Executionsverfahren übertragenen Amtshandlungen unentgeltlich zu besorgen haben.

E. v. 23. November 1892, Z. 13657. — (JMB 857 ex 93, Seite 12.)

Die I. J. hat dem Notar X als Gerichtscommissär für die Vornahme einer executiven Feilbietung in der Executionssache der Firma A gegen B

pcto. 40 fl. und 40 fl., wobei der Erlös 65·25$^1/_2$ fl. betrug, einen Betrag von 5 fl. zugesprochen und dessen Zahlung dem Exequenten aufgetragen.

Dem dagegen von A eingebrachten Appellationsrecurse hat das OLG stattgegeben und den angefochtenen Theil des erstrichterlichen B. dahin abgeändert, dass dem Ansuchen des Notars X um Zuspruch der Kosten nicht stattgegeben wird, indem die Notare anlässlich ihrer Verwendung als Gerichtscommissäre gemäss § 4 der JMV vom 7. Mai 1860, RGB Nr. 120, die ihnen übertragenen Amtshandlungen, wenn der Werth des Vermögens, in Ansehung dessen solche Amtshandlungen vorgenommen werden, 100 fl. ö. W. nicht erreicht, unentgeltlich zu besorgen haben, und im vorliegenden Falle weder der gerichtliche Schätzungswerth der betreffenden Fahrnisse, noch auch der durch deren executiven Verkauf erzielte Erlös den obangeführten Betrag erreicht.

Ueber Revisionsrecurs des Notars X hat der OGH in der Erwägung, dass die Bestimmung des § 4 der JMV vom 7. Mai 1860, RGB Nr. 120, nur den Zweck verfolgt, die Kosten der Rechtspflege in jenen Fällen zu vermindern, in welchen es sich um Werthe unter 100 fl. handelt, und daher bei Beurtheilung der Frage, ob der Gerichtscommissär die Amtshandlung unentgeltlich zu besorgen habe, der Betrag der einzubringenden Forderung auch mit in Betracht gezogen werden muss, und in der Erwägung, dass, da der Betrag der exequirten Forderungen im gegebenen Falle 100 fl. übersteigt, dem Gerichtscommissär die unentgeltliche Besorgung der ihm übertragenen Amtshandlung nicht auferlegt werden kann. den erstrichterlichen B. wieder hergestellt.

2952.

Der Dienstgeber des eigentlichen Störers verantwortet die in seinem Interesse begangene Störung.

E. v. 23. November 1892, Z. 13749. — (Práv. VII ex 93, Seite 233.)

Die Klage der Eheleute A gegen B wegen Besitzstörung, begangen dadurch, dass er durch seinen Sohn Franz das Haferfeld X der Kläger abmähen liess, hat die I. J. abgewiesen, weil B zwar eingestand, es seien die Kläger stets im Besitze der von Franz B abgemähten Area des Haferfeldes X gewesen, und auch durch Zeugen dargethan ist, dass der Sohn des Belangten jene Theilarea abgemäht habe, allein der behauptete Auftrag an den Sohn widersprochen und weiters nicht dargethan wurde, dass B irgendwie an der Störung sich betheiligt hätte; es war daher die Klage wegen Abganges der passiven Legitimation abzuweisen.

Ueber Recurs der Kläger willfahrte die II. J. dem Klagebegehren; denn durch die Aussagen der Zeugen ist erwiesen, dass der Sohn der B jenen Theil des Haferfeldes X der Kläger abgemäht und die Dienstmagd

des B das gemähte Heu in Haufen zusammengerecht hat. Zwar wendet B gegen die Klage ein, dass er seinem Sohne weder die Abmähung aufgetragen, noch diesen Act überhaupt gebilligt habe, dass mithin die Klage nicht gegen ihn, sondern wider seinen Sohn Franz zu richten gewesen wäre. Im Hinblick jedoch auf den Umstand, dass B nirgends widersprochen hat, dass sein Sohn Franz in seiner Wirthschaft als Dienstknecht sich verwenden lasse, erscheint es offenbar, dass Sohn und Dienstmagd als Gesinde des Belangten lediglich in seinem Interesse bei diesen Verrichtungen handelten und es kam auch kein Umstand an den Tag, welcher bezeugt hätte, dass sie etwa gegen den Willen des B derart vorgegangen wären; es sind deshalb jene Handlungen derart anzusehen, als ob sie der Belangte hätte vornehmen lassen.

Auch der OGH bestätigte die E. II. J. unter Hinweis auf deren richtige Begründung mit dem Beifügen, dass der Belangte, falls er die Handlungsweise des Sohnes nicht billigte, dies auf eine jeden Zweifel ausschliessende Weise den Klägern hätte mittheilen sollen, und wenn er dies unterliess, ihm mit vollem Rechte ausgestellt werden kann, dass er die durch das Vorgehen des Sohnes erlangten Vortheile (eine allfällige Besitzerwerbung) nicht zurückgewiesen, somit dieses Vorgehen gebilligt hat.

2953.

Bei Abgang einer diesfälligen Bestimmung im Compromissvertrage sind die o. Gerichte zur Zustellung des Schiedsspruches berufen.

Cassations-E. v. 29. November 1892, Z. 13740. — (Przegl. III ex 93, Seite 73.)

I. BG Sokal.
II. OLG Lemberg.

Wegen des nach Fällung des Schiedsspruches erfolgten Ablebens des B konnte der Schiedsspruch demselben aussergerichtlich nicht zugestellt werden und da auch der betreffende Compromissvertrag ddto. 3. November 1890 keine Bestimmung über die Art der Mittheilung des Schiedsspruches an die Streitparteien enthielt, bat A um Aufstellung eines Curators ad actum für die liegende Verlassenschaft nach B und um Zustellung des Schiedsspruches an denselben.

Die I. J. wies das Gesuch zurück, weil im Schiedsspruche selbst die Behändigung desselben an den B bestätigt war und die II. J. bestätigte diese E., weil die gerichtliche Zustellung des Schiedsspruches nur bei dem Schiedsgerichte selbst begehrt werden könne, der Streitpartei jedoch die Befugniss zu einem solchen Begehren abgeht, dies um so mehr, als der Recurrent das für den Belangten bestimmte E. des Schiedsgerichtes nicht beigeschlossen hat.

Ueber a. o. Revisionsrecurs des Klägers hat der OGH unter Abänderung der gleichlautenden E. der Untergerichte dem Erstrichter ver-

ordnet, den Schiedsspruch den erbserklärten Erben des Belangten in regelrechter Weise zustellen zu lassen und zwar in der Erwägung, dass die Processparteien im Compromissvertrage dem Schiedsrichter keine Directive bezüglich der Zustellung des durch ihn zu fällenden Schiedsspruches ertheilt haben, daher die Zustellung des Letzteren auf die in den Vorschriften über das gerichtliche Verfahren vorgesehene Weise zu bewirken war, dass ferner der Schiedsrichter um die Veranlassung der Zustellung bereits — wie die Acten ausweisen — eingeschritten ist, jedoch seinem Begehren auf Grund der E. der II. J. ddto. 30. September 1891, Z. 22261, nicht willfahrt worden ist, und zwar wegen Abganges der Berechtigung hiezu, dass mithin bei dieser Sachlage der Partei nicht mehr die Befugniss abgesprochen werden kann, dem Gerichte den Schiedsspruch behufs Behändigung desselben an die Gegenseite vorzulegen.

2954.

Verpflichtung des Mannes, der Gattin während der Dauer des Ehescheidungsstreites eine provisorische Alimentation zu leisten, auch wenn der Mann bei der Eheschliessung nicht im Stande war, den Unterhalt zu beschaffen und in der Folge lediglich als Diener im Geschäfte seiner Frau beschäftigt war.

E. v. 29. November 1892, Z. 13762. — (JB 11 ex 93, Seite 129.)
I. LG Wien.
II. OLG Wien.

In der Scheidungsangelegenheit der Ehegatten A und B hat die I. J. das Gesuch der A um Zuspruch einer provisorischen Alimentation von täglich 75 Kreuzern bis zur E. des Ehescheidungsstreites abgewiesen, dies aus folgenden

Gründen:

Das ABG fasst das Rechtsverhältniss zwischen den Ehegatten so auf, wie es sich im Leben gewöhnlich darstellt. Der § 91 ABG verfügt, dass der Mann das Haupt der Familie ist, dass ihm in dieser Eigenschaft vorzüglich das Recht zusteht, das Hauswesen zu leiten, dass ihm aber auch die Verbindlichkeit obliegt, der Ehegattin nach seinem Vermögen den anständigen Unterhalt zu verschaffen. Dieses zwischen den Ehegatten bestehende Verhältniss soll auch im Falle eines Scheidungsprocesses insolange fortdauern, bis in Folge des rechtskräftigen Scheidungserkenntnisses eine Aenderung einzutreten hat (§§ 796 und 1264 ABG). Es ist daher consequent in den §§ 108 und 117 ABG normirt, dass der Richter während der Dauer des Scheidungsprocesses im Falle eines Streites zwischen den Ehegatten und daher insbesondere im Falle der provisorischen Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft der Ehegattin den anständigen Unterhalt auszumessen hat. Im vorliegenden Falle war dieses Verhältniss

zwischen den Ehegatten schon vom Beginn der Ehe an in das Gegentheil verkehrt. Aus den verschiedenen gerichtlichen Verhandlungen geht hervor, dass die A ihren zweiten Gatten, den Weissgärber B, am 16. November 1886 geheiratet hat. Die A war schon damals Eigenthümerin einer Schiessstätte im Prater und bezog aus dem dortselbst betriebenen Geschäfte ein zu ihrem und zu ihrer drei Kinder aus erster Ehe vollkommen genügendes Einkommen. B dagegen war vermögenslos und damals als Ledersortirer bei der Firma C gegen einen Monatslohn von 50 bis 60 fl. bedienstet. Die A musste schon bei ihrer Verehelichung gewärtigen, dass ihr Gatte nicht im Stande sei, von seinem geringen Lohne ihren Unterhalt zu bestreiten. Sie hat hierauf auch keinen Anspruch erhoben. B wohnte im Hause seiner Gattin, er übergab ihr seinen Verdienst zur beliebigen Verwendung im Haushalte; er genoss dagegen die volle Verpflegung im Hause seiner Gattin. So blieb es auch, als er später seinen Dienst bei der Lederfirma C verliess, keinen Lohn mehr nach Hause brachte und in der Schiessstätte Dienste leistete. B hatte im Hause seiner Gattin stets eine untergeordnete Stellung, er war nur ein Diener im Geschäfte derselben, er erhielt sogar zeitweise von seiner Gattin kleine Beträge zur Bestreitung seiner Lebensbedürfnisse. Er hat daher niemals das Hauswesen geleitet und seiner Gattin niemals den Unterhalt verschafft. Diese selbst hat übrigens bei den verschiedenen gerichtlichen Verhandlungen wiederholt behauptet, dass sie den Unterhalt ihres Gatten bestritten, dass sie ihn ausgehalten habe. Die A hat nun wegen ihres krankhaften Nervenzustandes und um, wie sie am Schlusse ihres Gesuches bemerkt, den Ehegatten aus ihrem Hause zu entfernen und der Eventualität zu begegnen, ihm in den Wohnsitz folgen zu müssen, um die Bewilligung des abgesonderten Wohnortes angesucht, und es wurde ihr derselbe, obwohl B, der sich nach der Anbringung der Scheidungsklage im Hause der Klägerin ruhig verhalten hat, während des Tages ausser Hause im Geschäfte war und nur Abends nach Hause kam, um zu übernachten, keinen Anlass hierzu gegeben hat, gegen dessen Willen blos ihres Leidens wegen bewilligt. Dadurch hat aber die A ihren Ehegatten ausser Stande gesetzt, wie früher zu den Kosten des gemeinschaftlichen Haushaltes beizutragen. B, der gegenwärtig wieder bei der Firma C bedienstet ist, bezieht von dieser nach Angabe des vernommenen Chefs monatlich 50 fl., und der Letztere gibt ihm, da er hiermit sein Auskommen nicht finden konnte, freiwillig noch eine Remuneration von 10 fl. monatlich. B besitzt kein Vermögen, hat zahlreiche Schulden, wird von den Gläubigern bedrängt, muss ihnen kleine Abschlagszahlungen leisten und kann sich selbst gegenwärtig von seinem Verdienste nur den nothdürftigen Unterhalt verschaffen. Die A hingegen ist den gepflogenen Erhebungen zufolge Eigenthümerin einer Schiessstätte im Prater, besitzt ein bescheidenes Vermögen und ein Geschäft, von dessen Erträgniss sie und ihre drei erwachsenen Kinder anständig leben und auch etwas

in Ersparung bringen können. Wenn nun auch aus dem Umstande, dass B seiner Gattin niemals den Unterhalt verschafft hat, nicht gefolgert werden kann, dass die A auf diesen Anspruch verzichtet hat, so findet doch das Gericht in dem die Unterhaltsleistung betreffenden Zustande nichts zu ändern, weil sich auch in den Vermögensverhältnissen der A nichts geändert hat, und weil es demselben als ganz unstatthaft erscheint, dass die A aus der vom Gerichte getroffenen Verfügung des abgesonderten Wohnortes, welche nur wegen ihres krankhaften Zustandes und zwar in Schonung ihrer Empfindlichkeit erlassen worden ist, einen pecuniären Vortheil ziehe, den sie während des Bestandes der ehelichen Gemeinschaft nicht gehabt hat. Es wurde daher dem Gesuchsbegehren keine Folge gegeben.

Ueber den Recurs der A hat das OLG den erstrichterlichen B. aus dessen zutreffenden, durch die Recursausführungen nicht entkräfteten Gründen und in der Erwägung bestätigt, dass die Bestimmungen der §§ 91 und 92 ABG in ihrem Zusammenhange aufzufassen sind, wornach die Verpflichtung des Ehegatten, nach seinem Vermögen der Ehegattin den anständigen Unterhalt zu verschaffen, an die Gegenverpflichtung der Ehegattin, dem Ehegatten in der Haushaltung und Erwerbung der Mittel zur Unterhaltsverschaffung nach Kräften beizustehen, geknüpft ist, demnach bei Auflösung der ehelichen Gemeinschaft beider Ehegatten, wodurch die Ehegattin der ihr obliegenden Gegenverpflichtung entbunden wird, das zur Zeit des Bestandes der ehelichen Gemeinschaft obwaltende Unterhaltsbeischaffungsverhältniss zwischen beiden Ehegatten nicht ganz ausser Betracht bleiben kann, und vorliegend die Ehegattin, da ihr der abgesonderte Wohnort lediglich in ihrem Interesse bewilligt wurde, bei Ausmessung des anständigen Unterhaltes auf die Dauer der Ehescheidungsverhandlung nicht günstiger gestellt zu werden braucht, als dies zur Zeit des Bestandes der ehelichen Gemeinschaft der Fall war, zumal die Recurrentin aus der in ihrem Betriebe verbliebenen Praterschiessstätte den anständigen Unterhalt fortbezieht.

Dem a. o. Revisionsrecurse der A hat der OGH stattzugeben und in Abänderung beider unterrichterlichen E. dem B aufzutragen befunden, er habe seiner Ehegattin A aus dem Titel des ihr gebührenden anständigen Unterhaltes täglich den Betrag von 50 Kreuzern bis zur rechtskräftigen E. des Ehescheidungsprocesses zu bezahlen. Bezüglich des von der A über obige 50 Kreuzer begehrten Mehrbetrages täglicher 25 Kreuzer wurde das Gesuchsbegehren abgewiesen. Diese E. beruht auf nachstehenden

Erwägungen:

Die Verpflichtung des B, seiner Gattin während des anhängigen Ehescheidungstreites nach seinem Vermögen den anständigen Unterhalt zu verschaffen, kann mit Rücksicht auf die Bestimmungen der §§ 91, 108

und 117 ABG nicht bezweifelt werden. Die Gründe, durch welche im concreten Falle die Untergerichte den Bestand dieser Verpflichtung für ausgeschlossen erachten, sind nicht zutreffend. So lange B einen Verdienst als Magazineur und Ledersortirer hatte (monatlich 50 fl.), wurde dieser zur gemeinschaftlichen Subsistenz beider Ehegatten verwendet. Später, als er diese seine Stellung aufgegeben hatte, verwendete er sich bis zur Zeit, als die Misshelligkeiten zwischen ihnen einen ernsteren Charakter annahmen, in der von der A betriebenen Schiessstätte im Prater und trug durch seine Dienstleistung zum gemeinschaftlichen Erwerbe bei. Es ist also unrichtig, dass B vor der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft zur Subsistenz seiner Ehegattin nichts beigetragen habe, und müssen vielmehr seine damaligen Leistungen dem Masse Desjenigen, was die Gattin gemäss § 91 ABG von ihm beanspruchen durfte, entsprechend erkannt werden. Allein selbst dann, wenn er früher nichts geleistet hätte, wäre die Gattin im Falle einer Scheidungsverhandlung der ihr im § 91 ABG eingeräumten Rechte nicht verlustig geworden. Trotz Einsprache des B wurde ihr im Sinne des § 107 ABG für die Dauer des Scheidungsprocesses der abgesonderte Wohnort bewilligt, also anerkannt, dass die im Schlusssatze dieses Paragraphen bezeichnete Voraussetzung, nämlich ihre Gefährdung, vorliege; es kann demnach diese Bewilligung nicht als ein Grund für die Abweisung des Alimentationsbegehrens geltend gemacht werden. Und wenn endlich die A durch Besitz und Betrieb der Schiessstätte ein eigenes Einkommen hat, so vermag dies auf die dem Manne im § 91 ABG auferlegte Verpflichtung keinen Einfluss zu üben. Es kann sich also nur mehr um die Höhe des von B zu leistenden Unterhaltsbetrages handeln. B hat als Ledersortirer derzeit ein Einkommen von monatlich 60 fl., andererseits hat er auch einige Schulden und wurde demnach ein Unterhaltsbetrag mit 50 Kreuzern täglich angemessen erachtet und nach Zulass des Hofd. vom 15. Februar 1833, JGS Nr. 2593, unter Abänderung beider unterrichterlichen E. auf dessen Zahlung erkannt.

2955.

Durch das Hofd. vom 10. April 1837, JGS Nr. 189, wurde die Bestimmung des § 1101 ABG nicht beschränkt.

E. v. 29. November 1892, Z. 13849. — (GH 31 ex 92, Seite 271.)

Die I. J. hat dem Carl G. den von ihm bei der Tagfahrt zur Berechnung des Meistbotes für die seinem Miether Carl S. gehörigen Fahrnisse liquidirten, erst nach der Feilbietung fälligen Miethzins per 127·26 fl. in privilegirter Rangordnung gemäss § 1101 ABG zugewiesen.

Den wider diesen B. eingebrachten Recurs der Pfandgläubigerin Josefine S., welche für ihre im Summarverfahren ihr zuerkannte Forderung per 226 fl. an den feilgebotenen Fahrnissen das executive Pfandrecht er-

worben hatte, hat die II. J. abgewiesen, weil gemäss § 1101 ABG und gemäss Hofd. vom 10. April 1837, JGS Nr. 189, das gesetzliche Pfandrecht des Vermiethers, welches ihm an den in die Wohnung des Miethers eingebrachten oder ihm anvertrauten Einrichtungsstücken und Fahrnissen zusteht, durch Einbringung derselben in die vermiethete Wohnung entsteht, und falls dieselben, wie es im vorliegenden Falle geschah, vor deren Entfernung executiv feilgeboten wurden, auf den in der Feilbietung erzielten Erlös übergeht, weshalb die Zuweisung begründet ist.

Dem gegen diese E. eingebrachten a. o. Revisionsrecurse hat der OGH stattgegeben und das Ansuchen des Carl G. um Zuweisung des Miethzinses per 127·26 fl. abgewiesen, dies aus nachstehenden

Gründen:

Nach dem Wortlaute des § 1101 ABG bezieht sich das Pfandrecht des Vermiethers blos auf jene demselben überhaupt unterliegenden Sachen, welche im Zeitpunkte der Einbringung der Klage auf Zahlung des Miethzinses sich noch in den gemietheten Räumlichkeiten befanden.

Diese (gesetzliche) Bestimmung des Gesetzes wurde durch das Hofdecret vom 10. April 1837, JGS Nr. 189, nicht beschränkt, vielmehr ist durch das letztere blos der Beginn der Wirksamkeit des Pfandrechtes für jenen Fall näher bestimmt worden, wo collidirende Ansprüche auf das Pfandrecht an Sachen bestehen, welche zur Zeit der Klage auf Zahlung des Miethzinses vorhanden waren.

Da jedoch im vorliegenden Falle die Fahrnisse schon früher über Ansuchen der Recurrentin executiv veräussert und aus der Wohnung geschafft wurden, als der Vermiether, welcher seine Rechte zuvor in keiner Weise geltend gemacht hatte, die Klage auf Zahlung des Miethzinses überreichte, so erlosch die Haftung der Fahrnisse, respective das gesetzliche Pfandrecht an denselben, und konnte daher ein solches dem Anspruche der Recurrentin auf Zahlung ihrer pfandrechtlichen Forderung nicht im Wege stehen.

Die E. der unteren Instanzen stehen somit im Widerspruche mit der bezeichneten Bestimmung des Gesetzes und wurde durch dieselbe die Recurrention offenbar in ihrem Recht verletzt, weshalb diese E. im Sinne des Hofd. vom 15. Februar 1833, JGS Nr. 2593, abgeändert wurden.

2956.

Dem Richter kommt nicht die Befugniss zu, den Inhalt eines verglichenen Eides bei vorliegendem Widerspruche eines Streittheiles zu ändern oder Auslassungen zu gestatten.

E. v. 29. November 1892, Z. 13854. — (JMB 858 ex 93, Seite 13.)

Ueber die Klage der A gegen B auf Anerkennung ihres Eigenthums bezüglich mehrerer in der Executionssache des B gegen C gepfändeten

Gegenstände haben sich die Streittheile dahin verglichen, dass Klägerin den Eid leiste, dass jene Mobilien aus ihren eigenen Mitteln angekauft wurden. Bei der zur Eidesablegung angeordneten Tagfahrt erklärte die Klägerin, dass sie die Posten 4 und 5 nicht gekauft, sondern geschenkt erhalten habe, und bat, in Betreff dieser zwei Posten die Eidesformel in diesem Sinne abzuändern, eventuell dieselben aus der Eidesformel ganz auszuscheiden.

Die I. J. hat aber dem Begehren des B gemäss erkannt, dass der verglichene Eid für nicht abgelegt zu halten sei, weil A sich nicht vorbehalten hat, den Eid auch nach Ausscheidung einzelner Posten ablegen zu dürfen, und nur eine solche Aenderung der Eidesformel zulässig erscheint, welche die Richtigstellung eines Irrthums oder eines Rechnungsfehlers bezweckt, nicht aber eine solche, wodurch der Rechtsgrund geändert wird.

Das OLG hat diesen B. aufgehoben und einen der Bitte der A entsprechenden Ergänzungsauftrag ertheilt, weil der Vergleichseid im Widerspruche mit den seitens der Klägerin in ihrer Klage aufgestellten Behauptungen formulirt wurde, und sich derselbe als der Actenlage und dem wahren Willen der Parteien nicht entsprechend darstellt.

Der OGH hat den erstrichterlichen B. wieder hergestellt, weil bei dem durch das Hofd. vom 4. Februar 1800, JGS Nr. 493, zur gütlichen Beilegung eines Rechtsstreites zugelassenen jusjurandum conventionale, durch welches die Streitsache „ex pactione ipsorum litigatorum" beendet werden soll, dem Richter — im Gegensatze zu dem richterlichen Eide (jusjurandum judiciale) — keinerlei Ingerenz auf den Inhalt und die Fassung des verglichenen Eides zusteht, in dieser Beziehung vielmehr einzig und allein das Einverständniss der Parteien entscheidend ist, weil demzufolge dem Richter auch nicht zukommt, zu prüfen, ob der Inhalt des verglichenen Eides den in dem Processe aufgestellten Behauptungen entspreche und geeignet sei, das Recht des einen und des anderen Streittheiles ihm gegenüber zu erweisen; weil ein derartiges Uebereinkommen der Parteien die rechtliche Natur eines Vergleiches im Sinne der §§ 1380 ff ABG hat und demzufolge nach den Grundsätzen über zweiseitig verbindliche Verträge zu beurtheilen ist; weil in gleicher Weise, wie dies bei solchen Verträgen der Fall ist, auch bei einem gerichtlich geschlossenen Vergleiche, in welchem sich die Parteien auf die Ablegung eines durch beiderseitiges Einverständniss formulirten Eides geeiniget haben, weder den Parteien das Recht zusteht, gegen den Widerspruch des anderen Streittheiles an dem Eidessatze irgend welche Aenderungen oder Auslassungen vorzunehmen, noch dem Richter die Befugniss zukommt, den Inhalt des Eides bei vorliegendem Widerspruche eines Streittheiles zu ändern oder Auslassungen zu gestatten, oder derartige Vergleiche über Begehren einer Partei gegen den Protest des anderen Streittheiles im

Recurswege ohneweiters für ungiltig und unwirksam zu erklären und die Parteien zur Einigung über eine anderweitige Eidesformel aufzufordern, es vielmehr jener Partei, welche die Ungiltigkeit des Vergleiches behauptet, überlassen bleiben muss, den diesbezüglichen Ausspruch des Gerichtes im o. Rechtswege zu erwirken.

2957.

Das Begehren auf Erlag einer actorischen Caution ist über eine Klage oder ein Gesuch um Vollstreckbarkeit eines im Auslande gefällten U. unzulässig.

E. v. 29. November 1892, Z. 13932. — (GH 24 ex 93, Seite 208.)

I. HG Prag.

II. OLG Prag.

In der Executionssache der Firma A in Berlin gegen B in Prag pcto. 13.918 M. hat die I. J. das von B gestellte Begehren um Verhaltung der Firma A zum Erlage einer actorischen Caution von 300 fl. zur Sicherstellung der dem B anlässlich der Verhandlung über das Gesuch dieser Firma um Anerkennung der Vollstreckbarkeit des U. der neunten Handelskammer des Landgerichtes zu Berlin erwachsenen Gerichtskosten abgewiesen, weil weder die directe, noch die analoge Anwendung der Bestimmung des § 406 AGO, auf welche B sein Begehren gründet, in dem durch die Hofd. vom 18. Mai 1792, JGS Nr. 16, und vom 15. Februar 1805, JGS Nr. 711, normirten Verfahren stattfinden kann. Es ergibt sich bereits aus dem Umstande, als diesem sogenannten Delibationsverfahren ein U. zu Grunde liegt, dass die erste Klage schon viel früher eingereicht wurde, dass also das erst in diesem Delibationsverfahren gestellte Begehren um Bestellung einer Caution offenbar verspätet erscheint. Man muss doch von dem Standpunkte ausgehen, dass das ganze gerichtliche Verfahren, welches durch die Ueberreichung der Klage eingeleitet wird und mit der Erzwingung des mit dem U. zugesprochenen Rechtes sein Ende nimmt, ein einheitliches Ganzes bildet; auf dieses Wesen des gerichtlichen Verfahrens übt keinen Einfluss der Umstand, dass dieses Verfahren einige Stadien im Auslande, die übrigen im Inlande durchmacht. Es wird vielleicht wohl das Gesuch um die Vollstreckbarkeitserklärung eines fremdländischen U. das erste hieramts eingereichte Gesuch, aber keineswegs die erste in der betreffenden Rechtssache eingebrachte Klage sein. Aus dem Wortlaute der obcitirten Hofd., aus der Erwägung, dass mit dem vorliegenden Gesuche Schritte zur Erzwingung des mit dem U. zugesprochenen Rechtes unternommen werden, ist zu entnehmen, dass ein Executionsgesuch vorliegt. Dass nun das Executionsverfahren von entgegengesetzten Grundsätzen beherrscht wird als das Verhandlungsverfahren, in Folge dessen das Executionsrecht mit einem blossen Gesuche und nicht

mit einer Klage geltend gemacht wird, bedarf keiner weiteren Auseinandersetzung. Es hat also einen tiefer liegenden Grund, wenn der Einschreiter seine Eingabe als ein Gesuch bezeichnet hat; es kann dieses sogenannte Delibationsverfahren dem durch eine Klage veranlassten Rechtsstritte nicht gleichgehalten werden, und selbst eine analoge Anwendung des § 406 AGO erscheint hienach gänzlich ausgeschlossen. Allerdings könnte de lege ferenda für dieses Verfahren das Princip der Klage, des Verhandlungsverfahrens aufgenommen werden, wie dies im § 660 der deutschen Civilprocessordnung der Fall ist (welche Bestimmung die Gegenpartei offenbar vor Augen hatte) aber dieses ist nicht der Standpunkt des österreichischen Rechtes.

Den Recurs des B hat die II. J. abgewiesen, weil das Gesetz im § 406 AGO nur dem Kläger die Verpflichtung zur Bestellung einer actorischen Caution auferlegt, somit eine Klage, über welche nach den Bestimmungen der AGO ein contradictorisches Verfahren einzuleiten ist, zur nothwendigen Voraussetzung hat, diese gesetzliche Bestimmung daher im Delibationsverfahren, in welchem weder ein contradictorisches Verfahren stattzufinden hat, noch überhaupt über die Liquidität eines bestrittenen Rechtsanspruches zu entscheiden, sondern lediglich nach Einvernehmung der Parteien festzustellen ist, ob im concreten Falle die durch das Gesetz in dem Hofd. vom 18. Mai 1792, JGS Nr. 16, und vom 15. Februar 1805, JGS Nr. 711, festgesetzten Bedingungen zur Ertheilung der Execution auf das von dem ausländischen Richter gefällte E. vorhanden sind, keine Anwendung findet.

Den a. o. Revisionsrecurs des B hat der OGH wegen Abganges der zur Aufhebung oder Abänderung gleichförmiger E. in dem Hofd. vom 15. Februar 1833, JGS Nr. 2593, vorgezeichneten Bedingungen einer Nullität oder offenbaren Ungerechtigkeit zurückzuweisen befunden.

2958.

Die Anmerkung des in Baiern eröffneten Concurses bei einer in Oesterreich haftenden Satzpost behindert keineswegs die Executionsführung betreff dieser Satzpost.

E. v. 29. November 1892, Z. 14023. — (JB 2 ex 93, Seite 22.)
I. st.-del. BG Ottakring.
II. OLG Wien.

Auf Grund der rechtskräftigen wechselrechtlichen Zahlungsauflagen vom 30. Mai 1892 hat das HG in Wien der Firma A per 1050 fl. die executive Einantwortung der auf der Realität C.-Nr. 1379 in Ottakring für B in München haftenden Forderung per 2500 fl., dann die Einverleibung der executiven Uebertragung dieser Hypothekarforderung an die genannte Firma bewilligt und um den grundbücherlichen Vollzug dieses Executionsactes das st.-del. BG O. requirirt.

Dieses Gericht hat jedoch den requirirten Vollzug in Gemässheit des § 11 des G. vom 25. December 1868, RGB Nr. 1 ex 1869, aus dem Grunde verweigert, weil bei dem für die Forderung des B per 2500 fl. auf dem Hause C.-Nr. 1379 in O. haftenden Pfandrechte der Concurs des B bereits angemerkt ist.

Dem Recurse der Firma A hat die II. J. keine Folge gegeben, weil nach § 61 lit. b CO das im Inlande befindliche bewegliche Vermögen eines ausländischen Gemeinschuldners der ausländischen Concursinstanz auf Verlangen auszufolgen ist, und nicht vorliegt, dass diese gesetzliche Bestimmung durch Staatsverträge oder besondere Verabredungen alterirt worden sei, und weil durch die bei der fraglichen Satzpost über Ersuchen des ausländischen CMV erfolgte Anmerkung des über das Vermögen des B vom Amtsgerichte in München I. Abtheilung für C. R. eröffneten Concurses jedenfalls dargethan ist, dass die ausländische Concursbehörde auf das fragliche hierlands befindliche bewegliche Vermögen, soweit es in der fraglichen Satzforderung von 2500 fl. besteht, greifen und um dessen Ausfolgung ersuchen wird, und weil dieses der ausländischen Concursbehörde zustehende Recht, wenn es nicht illusorisch werden soll, durch die Massnahme des § 11 CO geschützt werden muss.

Dem a. o. Revisionsrecurse der Firma A hat der OGH stattzugeben, nach Zulass des Hofd. vom 15. Februar 1833, JGS Nr. 2593, die beiden untergerichtlichen E. aufzuheben und der I. J. zu verordnen befunden, die Requisition des HG in W. um grundbücherliche Amtshandlung in Ansehung der von demselben bewilligten Execution auf die für B auf dem Hause C.-N. 1379 in O. haftende Forderung per 2500 fl. mit Abstandnahme von dem Abweisungsgrunde der daselbst bestehenden Anmerkung des Concurses gesetzmässig zu erledigen. Diese E. beruht auf nachstehenden Erwägungen: Ueber das Vermögen des Executen B in München wurde allerdings von dem Amtsgerichte in München der Concurs eröffnet und diese Concurseröffnung auch über Einschreiten des CMV bei der das Executionsobject bildenden, für B auf der Realität C.-Nr. 1379 in O. haftenden Satzforderung von 2500 fl. angemerkt. Allein es unterliegt wohl keinem Zweifel, dass die Bestimmungen der §§ 1, 11, 58, 59 und 88 der CO vom 25. December 1868, RGB Nr. 1 ex 1869, nur für solche Concurse gelten, welche von einem österreichischen Gerichte in Gemässheit dieser CO eröffnet wurden. In Ansehung des beweglichen Vermögens, welches ein Schuldner, über welchen im Auslande der Concurs eröffnet wurde, im Inlande besitzt, gilt, insoferne nicht Staatsverträge oder besondere Verordnungen ein anderes Verfahren gegenüber einzelnen Staaten festsetzen, die Bestimmung des § 61 lit. b der CO vom 25. December 1868, wonach das im Inlande befindliche bewegliche Vermögen eines ausländischen Gemeinschuldners der ausländischen Concursbehörde auf Verlangen auszufolgen ist. Hieraus folgt, dass, solange die ausländische Con-

cursbehörde an das inländische Gericht das Begehren um Inventirung und Ausfolgung des im Inlande befindlichen beweglichen Vermögens des ausländischen Cridatars nicht gestellt hat, dasselbe auch in dessen CM noch nicht einbezogen und der Executionsführung seitens der einzelnen Gläubiger nicht entzogen ist (§§ 6 und 9 der CO). Nachdem nun in dem vorliegenden Falle, da in Ansehung der in Baiern eröffneten Concurse ein besonderer Staatsvertrag oder eine besondere Verordnung, welche ein anderes als das im § 61 der CO normirte Verfahren festsetzt, nicht besteht, die Vorschrift des § 61 lit. b CO zu gelten hat, zur Zeit, als die Executionsvollzugsrequisition des HG in Wien vom 11. Juni 1892 an das BG in O. gelangt ist (18. Juni 1892), ein Ersuchen der ausländischen Concursinstanz (Amtsgericht München) zur Einbeziehung rücksichtlich Ausfolgung der in Rede stehenden Satzforderung nicht vorlag, die Anzeige des CMV von der Eröffnung des Concurses und das Begehren desselben um grundbücherliche Anmerkung bei der B'schen Satzpost aber nicht dem in § 61 lit. b der CO geforderten Begehren der ausländischen Concursinstanz gleichzuhalten ist oder ein solches ersetzt, stellen sich die untergerichtlichen E., welche den grundbücherlichen Vollzug der von dem HG in Wien unter dem 11. Juni 1892 bewilligten Execution aus dem Grunde verweigern zu sollen erachteten, weil über das Vermögen des B in München am 28. Mai 1892 der Concurs eröffnet und diese Concurseröffnung zufolge B. des st.-del. BG O. vom 11. Juni 1892 bereits grundbücherlich ersichtlich, das ist angemerkt worden war, als offenbar ungerecht und gegen die Bestimmung der §§ 9, 11 und 61 lit. b der CO verstossend dar, weshalb dieselben nach Zulass des Hofd. vom 15. Februar 1833, Nr. 2593, behoben werden mussten, und der I. J. aufzutragen war, mit Absehung von dem aus dem hier nicht anwendbaren § 11 der CO abgeleiteten Abweisungsgrunde die Executionsvollzugsrequisition des HG in Wien vom 11. Juni 1892 gesetzmässig zu erledigen.

2959.

Durch die Befriedigung des Wechselinhabers seitens des unbedingt erbserklärten Erben des Ausstellers erlischt die Forderung sammt Executionsrechten nicht nur gegen die Verlassenschaft des Ausstellers, sondern auch gegen seine solidarisch Mitverpflichteten.

E. v. 30. November 1892, Z. 13756. — (JB 8 ex 93, Seite 93.)

I. KG Cilli.

II. OLG Graz.

Der von Anna G. unterm 18. Juni 1889 über 100 fl., zahlbar am 18. December 1889, auf Maria H. und Barbara E. für eigene Ordre gezogene Wechsel wurde von den beiden letztgenannten Frauen acceptirt und gelangte durch Giro in bianco zuerst an Augustine K. und dann an

die städtische Sparcasse in Pettau, welche sohin den Zahlungsauftrag gegen Maria H. und Barbara E. als Acceptantinnen, dann gegen Anna G. beziehungsweise deren Verlass durch den unbedingt erklärten Erben Otto G. als Ausstellerin und Girantin, endlich gegen Augustine K. als Indossantin erwirkte, und auf Grund desselben das executive Pfandrecht auf die den genannten Wechselverpflichteten gehörigen Liegenschaften, darunter auch auf die G. E. 135 Katastralgemeinde Dolena, G. E. 163 Katastralgemeinde Johannisberg und G. E. 160 Katastralgemeinde Sedlaschek der Augustine K. erwirkte. Schon nach dem Tode der Ausstellerin Anna G. hat deren unbedingt erbserklärter Sohn Otto G. die obgenannte Wechselsumme sammt allen Zinsen, Kosten und Spesen an die Sparcasse Pettau bezahlt, worauf ihm die Direction dieser Sparcasse unter'm 10. Juli 1890 den Gesammtbetrag per 142·76 fl. quittirte und die Bewilligung zur Löschung des für die obige Wechselforderung bei den der Anna G. gehörigen Realitäten haftenden executiven Pfandrechtes ertheilte. Gleichzeitig wurde in dieser Quittung seitens der Sparcasse die bezahlte Wechselforderung sammt allem Anhange und sammt den erworbenen Executionsrechten mit der Haftung für die Richtigkeit, jedoch ohne Haftung für deren Einbringlichkeit in das volle und unwiderrufliche Eigenthum des Otto G. abgetreten und Letzterem insbesondere die Bewilligung zur Uebertragung des bei den übrigen Pfandrealitäten haftenden Pfandrechtes auf seinen Namen ertheilt. Auf Grund dieser Cession liess dann Otto G. das executive Pfandrecht für obige Wechselforderung unter Anderem auch bei den Liegenschaften der Augustine K. auf seinen Namen übertragen und setzte die Execution gegen dieselbe sohin fort. Nun begehrte Augustine K. wider Otto G. das E., dass derselbe schuldig sei anzuerkennen, es sei die Wechselforderung aus der Wechselzahlungsauflage vom 28. Jänner 1890, Z. 410, per 100 fl. sammt Anhang, sowie das auf diesen Zahlungsauftrag gestützte Recht auf Zwangsvollstreckung durch die von Otto G., als dem klägerischen wechselrechtlichen Vormanne, bewerkstelligte Zahlung der Wechselsumme sammt Anhang auch der Klägerin, seiner Nachmännin, gegenüber erloschen, und er sei verpflichtet, die weiteren Zwangsschritte gegen die Klägerin aufzulassen und die grundbücherliche Einverleibung der Löschung des auf Grund des obigen Zahlungsbefehles einverleibten, auf Grund der Abtretung vom 10. Juli 1890 auf ihn übertragenen zwangsweisen Pfandrechtes bei den klägerischen Liegenschaften G. E. 135 Katastralgemeinde Dolena G. E. 160 Katastralgemeinde Johannisberg und G. E. 160 Katastralgemeinde Sedlaschek zu gestatten.

Die I. J. hat dem Klagebegehren stattgegeben und zwar aus folgenden

Gründen:

Das Klagebegehren ist im Gesetze begründet. Denn durch die zugestandene Befriedigung des Wechselinhabers seitens des Geklagten, der

geständigermassen unbedingt erbserklärter Erbe der Ausstellerin des Wechsels ist, sind sowohl die Forderung s. N.-G., als auch die auf Grund des wechselrechtlichen Zahlungsauftrages erworbenen Executionsrechte, und zwar nicht nur gegen die Ausstellerin, sondern auch gegen die solidarisch mit derselben mitverpflichtete Klägerin erloschen, es war daher die Sparcasse gar nicht in der Lage, irgend ein Forderungsrecht gegen die Klägerin an den Geklagten abzutreten. Da durch den wechselrechtlichen Zahlungsauftrag lediglich die sämmtlichen Wechselschuldner verpflichtet wurden, dagegen über die weiteren, aus der Zahlung dem Zahler gegen die Mitverpflichteten erwachsenden Forderungsansprüche nichts entschieden worden ist, so gebricht es dem Geklagten als Executionsführer an einem Executionsinstrumente zur weiteren Executionsführung, weshalb derselbe nicht nur zur Anerkennung der Erlöschung obiger Forderung aus dem wechselrechtlichen Zahlungsauftrage und der Executionsrechte aus demselben, sondern auch zur Auflassung der schon erworbenen Executionsrechte und in Consequenz dessen auch zur Gestattung der Löschung des intabulirten Pfandrechtes verhalten werden musste. Die Einwendung des Geklagten, dass er nicht als Erbe nach Anna G. den Wechsel eingelöst, sondern als unbetheiligter Dritter die Wechselforderung im Cessionswege erworben habe, weshalb die Forderung nicht als erloschen, sondern nur als übertragen anzusehen ist, ist nicht begründet. Der Geklagte behauptet nämlich, es könne nur der übereinstimmende Wille der Parteien darüber entscheiden, ob die von ihm geleistete Zahlung als Einlösung des Wechsels oder Hingabe der Cessionsvaluta gelte. Wenn man auch diese Anschauung acceptirt, so ergibt sich aus der über das zustande gekommene Geschäft errichteten Urkunde das Gegentheil dessen, was er behauptet; denn diese Urkunde, welche, nebenbei bemerkt, als „Löschungsquittung" überschrieben ist, bestätigt, dass der Geklagte als Erbe der Anna G. Zahlung geleistet habe, und andererseits ertheilt die Sparcasse als befriedigter Wechselgläubiger die Bewilligung zur grundbücherlichen Einverleibung der Löschung des bei den Realitäten der Anna G. haftenden Pfandrechtes. Wenn der Geklagte als Erbe nach Anna G. die Zahlung leistete, so ist dieselbe als vom Schuldner geleistet anzusehen, nämlich behufs Tilgung der Schuld, und wenn die Sparcasse die Cession ihrer Forderung an eine dritte, vom Wechselverpflichteten verschiedene Person im Sinne gehabt hätte, so hätte sie auch die bei den Realitäten der Klägerin haftenden Pfandrechte ebenso wie die übrigen übertragen, nicht aber als löschungsfähig erklärt. Aus diesen Umständen geht hervor, dass es sich nach dem Willen der Parteien thatsächlich um die Einlösung des Wechsels handelte, dass jedoch aus Irrthum über die gesetzlichen Normen dem Zahler sofort executionsfähige Ansprüche gegen die übrigen Mitverpflichteten begründet werden wollten, und wenn nun der Geklagte dadurch zu Schaden kommt, so hat er denselben selbst zu verantworten. Ganz unzulässig ist es ferner,

wenn der Geklagte zur Begründung seiner irrigen Rechtsauffassung gleichsam eine Theilung seiner Persönlichkeit in der Weise vornimmt, dass er einmal als Erbe der Anna G. und dann wieder als unbetheiligter Dritter erscheinen will; denn als Erbe stellt er die Erblasserin in allen diese betreffenden Rechtsverhältnissen vor, und es werden Beide in Beziehung auf einen Dritten für Eine Person gehalten, woraus eben hervorgeht, dass die von ihm als Erbe nach Anna G. geleistete Zahlung ganz dieselbe Wirkung äussert, als ob selbe Anna G. selbst geleistet hätte. Was ferner die von der Klägerin zugegebene nnd vom Geklagten geltend gemachte Anerkennung der Schuld seitens der Klägerin und deren Vertreter F. anbelangt, so kann dieselbe keinen Verpflichtungsgrund bilden, weil sie als eine aussergerichtliche Anerkennung, um rechtswirksam zu sein, den Bestand einer Verbindlichkeit voraussetzt, dies aber, wie oben gezeigt, vorliegend nicht zutrifft, nachdem die Wechselforderung durch Zahlung erloschen ist, selbstständige Regressansprüche aber dem Geklagten als Vormann gegen die Klägerin als Nachmann nicht zustehen. Wenn sich zum Beweise der Zahlungspflicht auf Seite der Klägerin vom Geklagten auf den Schlusssatz des § 1396 ABG berufen wird, so muss darauf verwiesen werden, dass vom Gesetze die Gutgläubigkeit des Cessionars vorausgesetzt wird („gegen den redlichen Uebernehmer" heisst es in der bezogenen Gesetzesstelle), während vom Geklagten nicht behauptet werden kann, er habe sich im guten Glauben befunden, dass die Forderung nach der Zahlung noch aufrecht bestehe, wobei natürlich davon abgesehen werden musste, dass es sich hier thatsächlich um keine Cession handelt.

Ueber Appellation des Geklagten hat die II. J. das U. der I. J. abgeändert und das Klagebegehren abgewiesen.

Gründe:

Die Klägerin fordert, dass die Forderung ihr als wechselrechtlich Mitverpflichteten gegenüber als erloschen anerkannt werde. Die vorliegende Klage hat den Charakter einer Oppositionsklage; die Voraussetzung zu dieser Klage ist nach dem Hofd. vom 22. Juni 1836, JGS Nr. 145, eine dem Executionsinstrumente nachgefolgte Thatsache, welche in der dem wechselrechtlichen Zahlungsauftrage nachgefolgten, dem Wechselinhaber am 10. Juli 1890 geleisteten Zahlung gelegen sein soll. Hieraus kann die Klägerin jedoch ein Recht auf die verlangte Erlöschung nicht ableiten, weil diese Zahlung nicht von ihr, sondern von einem Dritten geleistet worden ist, dem sie als Solidarmitschuldnerin ersatzpflichtig sein kann. Die Klägerin hat zur Begründung ihres Anspruches sich auf die Löschungsquittung beziehungsweise Cession vom 10. Juli 1890 berufen. Aus dieser Urkunde ergibt sich jedoch ihr gegenüber die Erlöschung der Forderung aus dem mehrerwähnten wechselrechtlichen Zahlungsbefehle nicht; denn gerade dem Ersatzpflichtigen gegenüber ist mit dieser Urkunde keine Ein-

lösung des Wechsels, sondern der Erhalt einer Cessionsvaluta so ausdrücklich bestätigt, dass an der Absicht, dem Forderungsübernehmer ein Forderungs- und Executionsrecht zu überlassen, nicht gezweifelt werden kann. Wird noch erwogen, dass die Klägerin dem Vertreter des Geklagten brieflich Geständnisse ihrer Schuld abgelegt hat, welche nach § 110 AGO qualificirt erscheinen, wird erwogen, dass aus der Löschungsquittung beziehungsweise Cession vom 10. Juli 1890 die Beurkundung eines das Executionsrecht aufhebenden späteren Factums umsoweniger zu entnehmen ist, als auf Grund dieser Urkunde die Uebertragung des in Frage stehenden gerichtlichen Pfandrechtes auf den Namen des Geklagten und im Verfolge dessen die Fortsetzung zu Gunsten des Cessionärs rechtskräftig bewilligt worden ist; dass der Umfang der Ersatzpflicht der Klägerin nicht der Gegenstand der vorliegend zu treffenden E. ist, die Klägerin aber vollständige Entlastung fordert, so konnte ihrem Begehren keine Folge gegeben werden.

Der Revisionsbeschwerde der Klägerin hat der OGH stattzugeben und das erstrichterliche U. wieder herzustellen befunden; dies aus den der Sachlage und dem Gesetze entsprechenden Gründen der I. J. und aus nachstehenden

Erwägungen:

Die dem gegenwärtigen Rechtsstreite zu Grunde liegende Klage trägt die Natur einer Oppositionsklage, und hat demnach die Klägerin im Sinne des Hofd. vom 22. Juni 1836, RGB Nr. 145, zu erweisen, dass das Recht ihres Gegners durch dem wechselrechtlichen Zahlungsauftrage vom 28. Jänner 1890, Z. 410, nachgefolgte Thatsachen erloschen sei. Diesen Nachweis hat die Klägerin erbracht, da der Geklagte die Wechselforderung, zu deren Zahlung er als Solidarschuldner mit der Klägerin und den beiden Acceptantinnen mittelst obigen Zahlungsauftrages verurtheilt worden ist, der Pettauer Sparcasse als Wechselgläubigerin sammt allem Anhange bezahlt hat, durch die Zahlung aber die besagte Forderung im Sinne des § 1412 ABG und das zur Hereinbringung derselben erwirkte Pfandrecht gemäss § 469 ABG erloschen ist. Der Kläger kann daher nur aus dem Titel der geleisteten Zahlung Regressrechte gegen die Klägerin als solidarische Mitschuldnerin ableiten, deren Natur und Umfang bezüglich der Klägerin als Nachmann hier nicht beurtheilt werden kann, weil das der Wechselverpflichtung zu Grunde liegende Rechtsgeschäft nicht aufgedeckt ist. Derartige Regressrechte werden nun vom Geklagten nicht eingewendet. Auf die Cession vom 10. Juli 1890 aber kann der Geklagte seine Rechtsansprüche gegen die Klägerin nicht stützen, weil, dem Obgesagten nach, die in Rede stehende Wechselforderung durch Zahlung erloschen ist und daher nicht mehr das Object einer Abtretung sein konnte. Aus den Briefen Nr. 2, 3, 6 ad II kann eine Anerkennung der fraglichen Wechselschuld

von Seite der Klägerin nicht gefolgert werden, da aus diesen Briefen im Zusammenhange mit dem Schreiben ihres Vertreters Nr. 7 ad II unzweifelhaft hervorgeht, dass sich die Klägerin dem Geklagten gegenüber nur in Bezug auf das ihm unter Umständen zustehende Regressrecht, das im gegenwärtigen Rechtsstreite nicht zur Erörterung kam, verpflichtet erklären wollte.

2960.

Wenn der eidespflichtige Streittheil vor Zeugen erklärt, dass er den ihm mit U. aufgelasteten Haupteid ablegen könne und wolle und zum Beweise dessen die Eidesformel unterfertigt, so ist dieser Eid im Falle seines Vortodes für abgeschworen zu halten.

E. v. 30. November 1892, Z. 13975. — (GH 48 ex 93, Seite 408.)

In der Rechtssache des D gegen K wegen Anerkennung der Servitutsfreiheit einer Hausrealität wurde das Klagebegehren des D in den beiden unteren Instanzen von der Ablegung des dem K aufgetragenen Haupteides abhängig gemacht. D hat gleich nach Erfliessung des erstrichterlichen U. vor seinem Vertreter und zwei Zeugen erklärt, dass er im Falle der Rückschiebung diesen Eid ablegen könne und wolle und unterfertigte zugleich die ihm vorgelegte Eidesformel, was von allen drei Zeugen gerichtlich bestätigt wurde.

D ist nun vor Erlassung des obergerichtlichen U. gestorben, und dessen Vertreter hat den seiner Partei stillschweigend rückgeschobenen Haupteid nach Zustellung des obergerichtlichen U. angetreten und auf Grund des vorstehenden Sachverhaltes um das E. gebeten, der angetretene Haupteid sei für abgeschworen zu halten.

Bei der darüber eingeleiteten Verhandlung machte der Geklagte K geltend, dass der Vertreter des Klägers nicht berechtigt sei, den Eid für seinen Clienten anzutreten, dies stehe nur seinen Erben zu, ferner dass sich D zum Eide weder gerichtlich angeboten, noch in einer species facti seinen Vertreter zur Eidesanbietung ermächtigt habe, dass daher die Bedingungen des § 233 AGO und der dabei citirten Hofd. nicht vorhanden seien.

Die I. und II. J. haben nach vorläufiger Abhörung obiger drei Zeugen das Gesuchsbegehren des D abgewiesen unter Hervorhebung der Gründe, dass die Vorschriften, nach denen ein Parteieneid für abgeschworen zu halten sei, als Ausnahmsbestimmungen strenge zu interpretiren, dass die Bedingungen des § 233 AGO und der Hofd. vom 15. Juli 1784, Nr. 317, und vom 5. März 1795, JGS Nr. 222, nicht vorhanden seien, dass die mangelnde schriftliche Erklärung des Eidesleisters nicht durch Zeugenaussagen supplirt werden könne, und dass die Unterfertigung der Eidesformel an sich noch keine Ermächtigung des Machthabers beinhaltet, den Eid für den Machthaber anzutreten.

Der OGH hat jedoch im a. o. Revisionswege mit Abänderung der beiden untergerichtlichen E. dem Begehren des D stattgegeben aus nachstehenden

Gründen:

In Erwägung, dass nach § 233 AGO ein urtheilsmässiger Eid in jenem Falle für abgeschworen erklärt werden kann, wenn der Eidespflichtige den ihm obliegenden Eid zwar gerichtlich angeboten, jedoch vor Ablegung desselben, ohne diese irgendwie verzögert zu haben, gestorben ist; dass gemäss dem Hofd. vom 5. März 1795, JGS Nr. 222, die gesetzmässige Wirkung eines gerichtlich angebotenen Eides auch der in einer von dem Rechtsfreunde nach Vorschrift der § 412, 413 und 414 AGO aufgenommenen und von der Partei unterschriebenen species facti erfolgten Anbietung zum Eide zukommt, dass nach §§ 1022 und 1025 ABG und 416 AGO die Eidesantretung durch den hiezu bevollmächtigten Vertreter auch nach dem Tode der Partei mit processualer Wirkung erfolgen kann, dass gegebenen Falls alle gesetzlichen Voraussetzungen des gestellten Ansuchens vorliegen, indem D nach Aussage der drei Zeugen erklärte, er könne und wolle den ihm zurückgeschobenen Eid ablegen und zum Beweise dessen die vorliegende Eidesformel mit seinem Kreuzzeichen versah, die sodann vom Vertreter des D als Namensfertiger und von den beiden Andern als Zeugen unterschrieben wurde, dieser Vorgang mithin der Beobachtung der Vorschrift der §§ 412, 413 und 414 AGO gleichzuhalten ist und D auch die Ablegung des Eides durch Ergreifung eines Rechtsmittels nicht verzögerte, vielmehr die Appellationsbeschwerde vom Gegner überreicht wurde, und dass dem Gesagten zufolge die beiden untergerichtlichen, das Ansuchen des D abweisenden E. in einer Weise gegen das Gesetz verstossen, welche die Anwendung des Hofd. vom 15. Februar 1833, JGS Nr. 2593, hervorruft.

2961.

Wenn über die auf den Ueberbringer lautende Police vom Erblasser mittelst letztwilliger Verfügung disponirt wird, so ist dieselbe in die Inventur des Nachlasses einzubeziehen.

E. v. 1. December 1892, Z. 14609. — (GH 10 ex 93, Seite 88.)
I. st.-del. BG Wien, Innere Stadt II.
II. OLG Wien.

In der Verlassenschaftsabhandlung nach Adolf N. hat die I. J. dem von der Finanzprocuratur noe. des Aerars und der Commune Wien gestellten Begehren um Ergänzung der Inventur durch Aufnahme der Police des österreichischen „Phönix", Nr. 19662, per 3000 fl. in den Activstand der Verlassenschaftsmasse keine Folge gegeben, da diese Police auf den Ueberbringer lautet, nicht im Nachlasse vorgefunden wurde, und als

Ueberbringer der Police und daher Begünstigter keineswegs der Erblasser, sondern das Gremium der Effectensensale der Wiener Börse erscheint, an welches der Policenbetrag per 2843·66 fl. auch am 1. August 1892 zur Auszahlung gelangt ist.

Dem Recurse der Finanzprocuratur noe. des Aerars und der Commune Wien hat das OLG stattgegeben und über die bezogene Note der I. J. als Abhandlungsbehörde nach Adolf N. aufgetragen, die Nachlassinventur durch Aufnahme der Nachlassforderung aus der Police Nr. 19662 zu ergänzen und über den so modificirten Nachlass die Abhandlung zu pflegen, weil der Versicherte über die auf den Ueberbringer lautende Police durch Verpfändung derselben bei dem Gremium der Effectensensale der Wiener Börse für eine Forderung per 1938·06 fl. sammt Zinsen unter Lebenden und in seinem Codicillsnachtrage, ddto. 16. April 1891, über den Rest der versicherten Summe zu Gunsten seiner Schwester Anna N. verfügt hat, weil daher der Anspruch auf den versicherten Betrag als ein Bestandtheil des Adolf N.'schen Nachlasses erscheint, welcher gemäss § 97 des Abh.-Pat. in die Nachlassinventur aufzunehmen ist.

Dem von Anna N. und Hermann N. einverständlich mit dem Vormunde des minderjährigen Otto N. eingebrachten Revisionsrecurse hat der OGH keine Folge zu geben, sondern die obergerichtliche Recurserledigung in der Erwägung zu bestätigen befunden, dass die Rechte des Gremiums der Effectensensale, welches die Police als Pfand für eine die versicherte Summe nicht erreichende Forderung inne hatte, sich nur auf den dem geschuldeten Betrage gleichkommenden Theil des versicherten Capitals beziehen, während in Ansehung des Capitalsrestes das Gremium weder Rechte erworben hat, noch an andere zu übertragen in der Lage war, vielmehr der Codicillsnachtrag vom 16. April 1891 darauf hinweist, dass der Erblasser bei Einhändigung der Police an die Vertretung des Gremiums diesen Capitalsrest seiner Verfügung vorbehalten habe, dass nach der Actenlage die in Frage stehenden Ansprüche der Anna N. sich als auf der letzterwähnten Erklärung basirend darstellen, und es der Anna N. überlassen bleiben muss, diese ihre Ansprüche gegen die Nachlassmasse geltend zu machen.

2962.

Ausübung der Wegeservitut einer Gemeinde durch die Gemeindeinsassen.

E. v. 6. December 1892, Z. 14147. — (JMB 860 ex 93, Seite 15.)

In der Streitsache der Gemeinde A, Klägerin, gegen B, Geklagten, wegen Störung im Besitze des Rechtes des Fusssteiges über ein dem B gehöriges Grundstück hat die I. J. das Klagebegehren abgewiesen, weil, wenn auch die zahlreichen, von der Klägerin geführten Zeugen bestätigt haben, dass die Bewohner der Gemeinde A über den fraglichen Fusssteig,

welchen sie für einen öffentlichen Weg hielten, durch viele Jahre ungestört gegangen sind, die klagende Gemeinde nicht nachgewiesen hat, dass ihre Vertreter den Besitzwillen, für die Gemeinde das fragliche Recht wie ihr eigenes auszuüben, bekundeten, und dass sie in dieser Richtung einen dem Gesetze entsprechenden Beschluss gefasst haben, weil somit Klägerin die Ausübung des Rechtes des Fusssteiges im eigenen Namen nicht bewiesen hat.

Das OLG gab dem Recurse der Klägerin Folge und erkannte nach dem Klagebegehren, welches E. über Revisionsrecurs des Geklagten vom OGH in der Erwägung bestätigt wurde, dass aus den zahlreichen Zeugenaussagen hervorleuchtet, dass der Fusssteig von der ganzen einheimischen, ja selbst fremden Bevölkerung, nicht etwa im Grunde von Sondertiteln einzelner Berechtigter, sondern als öffentliches Verkehrsmittel benützt wurde; dass als Träger eines solchen thatsächlichen Besitzstandes nach § 288 ABG doch füglich nicht der einzelne Fussgänger, sondern eben nur die Gemeinde als solche anzusehen ist, wobei es über den nach § 5 des Besitzstörungsverfahrens gezogenen Rahmen hinausgreifen würde, wenn die allein massgebende Thatsache eines solchen letzten factischen Besitzstandes erst an die Voraussetzung einer früheren Kundgebung der gesetzlichen Gemeindevertretung, dass fortan der Fusssteig in ihrem Namen von den Bewohnern benützt werden wird, das ist an eine förmliche Oeffentlichkeitserklärung geknüpft werden sollte; dass daher das Klagerecht der Gemeinde mit Grund nicht bestritten werden kann.

2963.

Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen eine verstrichene Fallfrist hemmt zwar die E. des Streites in der Hauptsache, aber nicht die Bewilligung der Inrotulirung.

E. v. 6. December 1892, Z. 14207. — (GH 16 ex 93, Seite 138.)
I. KG Brüx.
II. OLG Prag.

In der Rechtssache des A gegen die Gemeinde B pcto. 1012 fl. hat die I. J. das Gesuch des Klägers A um Inrotulirung der Acten wegen Nichterstattung der Einrede unter Verweisung auf das Wiedereinsetzungsgesuch des Gegentheils und die hierüber angeordnete Einvernehmungstagfahrt rückgestellt.

Den Recurs des A hat die II. J. ab- und auf die Vorschrift des kais. Pat. vom 1. Juli 1790, JGS Nr. 31, und des Hofd. vom 19. Februar 1846, JGS neue Folge Nr. 937, zu weisen befunden, der zufolge ein Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen eine verstrichene Fallfrist bis zur E. über dasselbe jedes weitere Verfahren in der Hauptsache ausschliesst und hienach der angefochtene B. begründet ist.

Dem a. o. Revisionsrecurse des A hat der OGH nach Zulass des Hofd. vom 15. Februar 1833, JGS Nr. 2593, stattzugeben und mit Abänderung beider untergerichtlichen E. das Contumaz-Inrotulirungsgesuch des Klägers auf das über das gegnerische Wiedereinsetzungsgesuch eingeleitete Verfahren zu weisen befunden, wonach über das Inrotulirungsbegehren bei E. des Wiedereinsetzungsgesuches, jedoch abgesondert, zu entscheiden ist; dies in Erwägung, dass zwar nach dem kais. Pat. vom 1. Juli 1790, JGS Nr. 31, vor E. des Gesuches um Wiedereinsetzung wegen einer verstrichenen Fallfrist in der Hauptsache nicht weiter verfahren werden kann; dass dies aber nur als eine Hemmung des Verfahrens in der Hauptsache im Sinne des § 12 der Proc.-Nov., anzusehen, daher mit dem Abspruche über das Inrotulirungsgesuch nur bis zur E. über das Wiedereinsetzungsbegehren innezuhalten ist, weshalb die sofortige Rückstellung des Inrotulirungsgesuches sich als eine offenbare Ungerechtigkeit darstellt, zumal es hiedurch der geklagten Gemeinde mit Bedachtnahme auf die Bestimmung des § 39 AGO ermöglicht würde, selbst wenn ihr Wiedereinsetzungsbegehren als unbegründet erkannt werden sollte, die Einrede zu erstatten, dass somit die gleichzeitige, wenn auch abgesonderte E. beider Gesuche verfügt werden muss.

2964.

Die pfandweise Beschreibung der Fahrnisse des Miethers kann auch für eine noch nicht fällige Miethzinsforderung bewilligt werden.

E. v. 6. December 1892, Z. 14333. — (GZ 5 ex 93, Seite 38.)

I. st.-del. BG Wien Innere Stadt I.
II. OLG Wien.

Der Vermiether A überreichte gegen den Miether B am 7. October 1892 eine Klage auf Zahlung der am 1. November 1892 fällig werdenden Miethzinsrate mit der Angabe, dass B in einer an A gerichteten brieflichen Erklärung die bevorstehende Räumung der Wohnung angekündigt hat. Auf das unter Einem eingebrachte Gesuch des A wurde demselben die pfandweise Beschreibung der in der Wohnung des B befindlichen Fahrnisse wegen der obigen Miethzinsforderung bewilligt.

Ueber Recurs des B hat das OLG das Gesuch des A in der Erwägung abgewiesen, dass das nach § 1101 ABG dem Bestandgeber eingeräumte Pfandrecht nur in Ansehung jener Fahrnisse geltend gemacht werden kann, welche sich zur Zeit der Miethzinsklage in den Bestandlocalitäten befinden, die Miethzinsforderung im vorliegenden Falle aber derzeit mittelst Klage nicht gefordert werden kann, weil sie, wie aus dem Gesuche hervorgeht, derzeit noch nicht fällig ist.

Der OGH hat in Stattgebung des Revisionsrecurses des A den erstrichterlichen B. wieder hergestellt; dies in der E., dass die Miethzins-

forderung schon mit dem Eintritte der stillschweigenden Erneuerung des Bestandvertrages existent wird, dass das gesetzliche Pfandrecht des Vermiethers vom Zeitpunkte der Einbringung der Fahrnisse in die gemiethete Wohnung an wirksam ist; dass die pfandweise Beschreibung ohne Präjudiz für das über die Klage erfliessende U. dazu dient, die zur Zeit der Vornahme in dem gemietheten Raume vorhandenen Mobilien festzustellen, und dass die Klage des Vermiethers vorliegt, die sich auf eine briefliche Erklärung des Miethers stützt, in welcher die bevorstehende Räumung der Wohnung angekündigt wird, und aus welcher auf die Absicht des Miethers geschlossen werden muss, die Zahlung der Novemberzinsrate zu unterlassen, dass aber das E. über die Zulässigkeit des darauf gegründeten, auch die Zahlung der Novemberzinsrate umfassenden Klagebegehrens der Processentscheidung vorbehalten bleiben muss.

2965.

In Bestandstreitigkeiten ist die Führung eines Incidenzstreites über die Verpflichtung zum Erlage der actorischen Caution ausgeschlossen.

E. v. 6. December 1892, Z. 14369. — (JMB 861 ex 93, Seite 16.)

In Sachen des A wider B wegen Aufkündigung des Bestandvertrages wurde der dem Kläger den Erlag einer Klagscaution auftragende erstrichterliche B. oberlandesgerichtlich dahin abgeändert, dass das Begehren des Geklagten um Erlag einer Klagscaution abgewiesen werde, weil es sich im vorliegenden Falle um das Verfahren in Bestandstreitigkeiten nach der kais. Verordnung vom 16. November 1858, RGB Nr. 213, handelt, dieses Verfahren ein beschleunigtes ist und schleunige E. bezweckt; weil die Führung eines Incidenzstreites über die Verpflichtung zum Erlage einer actorischen Caution den das Verfahren in Bestandstreitigkeiten regelnden gesetzlichen Vorschriften zuwiderläuft, und weil das obcitirte Gesetz alle Zwischenverhandlungen und E., wodurch eine Verzögerung herbeigeführt werden kann, ausschliesst.

Der OGH bestätigte die E. II. J. aus deren entsprechender Begründung und in der weiteren Erwägung, dass zwar die Einwendungen in ihrer prozessualen Gliederung als Klage zu betrachten, vermöge ihres Endzweckes aber als eine Rechtsvertheidigung wider die von dem Gegner mit der Aufkündigung angebahnte zwangsweise Auflösung des Bestandvertrages aufzufassen, daher keineswegs als erste Klage im Sinne des § 406 AGO anzusehen sind.

2966.

Die Klage gegen den Inhaber einer nicht protocollirten Firma, welche auf dem Klagewechsel als Acceptantin erscheint, kann nicht a limine zurückgewiesen werden.

E. v. 7. December 1892, Z. 14065. — (GH 20 ex 93, Seite 173.)

I. LG als HG Graz.
II. OLG Graz.

Die I. J. hat dem von Leopold K. in der Klage gegen Anton B., als Alleininhaber der nicht protocollirten Firma Eduard B.'s Sohn, gestellten Begehren auf Erlassung des wechselrechtlichen Zahlungsauftrages pcto. 80 fl. keine Folge gegeben und die ganze Eingabe dem Kläger zurückgestellt, in der Erwägung, dass die Bezeichnung des Beklagten Eduard B.'s Sohn die Bezeichnung einer Firma ist, dass jedoch eine solche im d. g. Handelsregister nicht eingetragen ist (§ 7 des Einf.-G. zum HGB), in der Erwägung, dass der Wechsel auf Eduard B.'s Sohn gezogen und von Eduard B.'s Sohn acceptirt ist, und in der Erwägung, dass sich demnach aus dem Wechsel selbst eine Zahlungspflicht des Anton B. nicht ergibt.

Dem Recurse des Klägers hat die II. J. keine Folge gegeben, und zwar unter Hinweisung auf die erstrichterliche, durch die Recursausführungen nicht widerlegte Begründung und in der ferneren Erwägung, dass der Umstand, dass der Beklagte Anton B. Inhaber der nicht protocollirten Firma Eduard B.'s Sohn sei, durch den beigebrachten Protest nicht als nachgewiesen anzusehen ist, da der Protest nicht zu dem Zwecke der Constatirung dieses Umstandes aufgenommen wurde, und zudem aus demselben nicht ersichtlich ist, auf welche Thatsachen sich die Annahme, dass Anton B. der Inhaber der genannten Firma sei, gründete, und in der Erwägung, dass demnach die Erlassung des Zahlungsauftrages oder die Einleitung des wechselrechtlichen Verfahrens gegen Anton B., dessen wechselmässige Verpflichtung sich aus dem Wechsel nicht ergibt, unzulässig ist.

Dem a. o. Revisionsrecurse des Klägers hat der OGH stattzugeben und beide angefochtenen E. dahin abzuändern befunden, dass über die Wechselklage des Leopold K. eine Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung nach Wechselrecht unter Vorladung beider Streittheile angeordnet werde, in der Erwägung, dass der im Original beigebrachte Wechsel zwar mit allen Erfordernissen des Art. 4 WO versehen ist, jedoch nicht entnehmen lässt, dass der Beklagte Anton B. der Alleininhaber der nicht protocollirten Firma Eduard B.'s Sohn sei, dieser Umstand aber auch durch die im Proteste beurkundete Thatsache, dass der Klagewechsel dem Acceptanten Eduard B.'s Sohn, Anton B., zur Zahlung präsentirt und von ihm die Einsendung der Valuta zugesichert wurde, nicht erwiesen wird, weil zur Bestätigung desselben jene Amtsperson, welche den Protest aufgenommen hat, nicht berufen erscheint und in der Erwägung, dass dieser

Mangel allerdings die Abweisung des Begehrens um Erlassung des Zahlungsauftrages rechtfertigt, jedoch gemäss § 9 der JMV vom 25. Jänner 1850, RGB Nr. 52, der Einleitung des wechselrechtlichen Verfahrens nicht entgegensteht und über die Frage der wechselmässigen Verpflichtung des Beklagten Anton B. aus dem mit der Fertigung Eduard B.'s Sohn versehenen Klagewechsel nicht vorneherein durch Zurückweisung der Klage abgesprochen werden kann.

2967.

Beim Uebertritte eines Advocaturscandidaten in die Praxis zu einem anderen Advocaten wird die bei dem neuen Advocaten fortgesetzte Praxis erst vom Tage des Einlangens der diesfälligen Anzeige gerechnet.

E. v. 7. December 1892, Z. 14080. — (JMB 862 ex 93, Seite 16.)

Der Advocaturscandidat A war beim Advocaten B vom 1. März 1888 bis 1. Jänner 1891, dann beim Advocaten C seit 1. Jänner 1891 in der Praxis. Advocat B hat den Eintritt des A in die Praxis bei ihm am 1. März 1888 dem Ausschusse der Advocatenkammer angezeigt, dagegen wurde die Anzeige von dem Austritte des A aus der Kanzlei des B und von dessen Eintritte in die Kanzlei des C unterlassen. Ueber die erst am 29. Juni 1892 eingelangte Anzeige des Advocaten C, dass A am 1. Jänner 1891 bei ihm in die Praxis eingetreten sei, hat der Ausschuss der Advocatenkammer erkannt, dass diese Praxis vom Tage des Einlangens dieser Anzeige, d. i. vom 29. Juni 1892 an gerechnet werde. Den dagegen vom A eingebrachten Recurs hat das OLG abgewiesen; denn es hat sowohl B den Austritt des A aus seiner Advocaturskanzlei, als auch C den Eintritt desselben in die Praxis bei ihm dem Ausschusse der Advocatenkammer gemäss § 30 AO anzuzeigen unterlassen, und eine derartige Anzeige ist auch vom A nicht veranlasst worden; nach § 31 AO verliert die für den Advocaturscandidaten erforderliche Legitimation ihre Geltung, sobald die Verwendung bei dem Advocaten, der dieselbe erwirkte, aufhört; A benützte aber die ihm als Concipienten des B ausgefertigte Legitimation auch nach seinem Austritte aus der Kanzlei des B.

Der OGH hat dem a. o. Revisionsrecurse des A keine Folge gegeben; dabei wurde erwogen, dass der § 30 AO nicht unterscheidet, ob die Praxis bei einem oder bei verschiedenen Advocaten genommen wird, dass daher jeder Advocat verpflichtet ist, wenn ein Advocaturscandidat aus der Praxis bei ihm austritt und seine Kanzlei verlässt, diesen Austritt im Sinne des § 30, Alinea 4 AO dem Ausschusse der Advocatenkammer anzuzeigen, dass eine gleiche Verpflichtung denjenigen Advocaten trifft, bei welchem der betreffende Candidat behufs Fortsetzung seiner Praxis eintritt, und dass endlich dieser Eintritt in die Praxis bei dem letzteren Rechtsfreunde nach § 30, Alinea 1 AO nur vom Tage des Einlangens

dieser Anzeige gerechnet werden kann. Dass im vorliegenden Falle durch das Versäumniss der Advocaten B und C weder der Austritt des A aus der Kanzlei des ersteren, noch der Eintritt in die Kanzlei des letzteren dem Ausschusse der Advocatenkammer angezeigt, und in Folge dessen A fortwährend als in der Praxis bei B befindlich geführt wurde, vermag an dieser E. nichts zu ändern, denn als endlich die Anzeige von dem Austritte des A aus der Kanzlei des B erfolgte, musste die Löschung auf den Zeitpunkt des wirklichen Austrittes aus dieser Kanzlei zurückbezogen werden, wenn die Liste nicht eine Unwahrheit enthalten sollte; der Beginn der neuen Praxis kann aber erst von dem Zeitpunkte der allerdings zum Nachtheile des Candidaten sehr verspäteten Anzeige seines neuen Kanzleichefs, des Advocaten C, berechnet werden.

2968.

Die Klage auf Störung im Sachbesitze ist unbegründet, wo nur ein Rechtsbesitz vorliegt, der nicht gestört wurde.

E. v. 7. December 1892, Z. 14249. — (GH 22 ex 93, Seite 194.)

F behauptete, im Besitze des unter den Fenstern ihres Hauses befindlichen Grundstückes dadurch gestört worden zu sein, dass H dasselbe bearbeiten liess, und den Besitz will F dadurch ausgeübt haben, dass sie aus den Fenstern Wasser auf das Grundstück goss und Kehricht hinabschüttete, und nur diese Besitzhandlungen wurden von den Zeugen thatsächlich bestätigt.

Die I. J. gab dem auf Störung im Besitze des Grundstückes gerichteten Begehren der F Folge, in der Erwägung, dass Klägerin durch Bebauung des Grundstückes sich in dem Rechte, Wasser und Kehricht hinabzuschütten, daher im factischen Besitze des Grundstückes selbst nothwendigerweise beeinträchtigt finden musste.

Von der II. J. wurde abändernd auf Abweisung des Klagebegehrens erkannt, weil durch Bebauung des unter den Fenstern der Klägerin befindlichen Grundstückes von Seite des Beklagten, dieselbe im Besitze des Rechtes, Wasser und Kehricht auf dasselbe aus ihrem Fenster zu schütten, keineswegs beeinträchtigt wurde und somit ein Erforderniss fehlt, weshalb nach § 2 der kais. Vdg. vom 28. October 1849, Z. 12, auf Besitzstörung geklagt werden konnte.

Der OGH hat die obergerichtliche E. bestätigt, und zwar in der Erwägung, dass die Klägerin den letzten factischen Besitz des im Begehren beschriebenen Grundstreifens aus dem Grunde anspricht, weil sie von ihrem Fenster auf diesen Grundstreifen Wasser hinausgegossen und Kehricht hinabgeschüttet hat; in der Erwägung, dass die Klägerin im Irrthum ist, wenn sie vermeint, durch diese Handlungen den Besitz des Grundstückes,

das ist einen Sachbesitz, erlangt zu haben, weil sie nur einen Rechtsbesitz, nämlich den Besitz des Rechtes, das Wasser auf jenen Grundstreifen zu giessen, beziehungsweise den Kehricht zu werfen, erlangt haben würde; in der Erwägung, dass die Klägerin eine Störung dieses Rechtsbesitzes gar nicht behauptet, viel weniger aber bewiesen hat und das Begehren auch nicht darauf, sondern auf Störung des Sachbesitzes gerichtet ist.

2969.

Der executive Sequester ist nicht berechtigt, vor Feststellung der ihm gebührenden Entlohnung einen Theil des Sequestrationserlöses zurückzubehalten, wohl aber kann das Gericht auf Rechnung der bestrittenen Auslagen und unpräjudicirlich der gerichtlichen Feststellung der gesammten Sequestrationskosten einen Theil des Sequestrationserlöses zu Handen des Sequesters belassen.

E. v. 7. December 1892, Z. 14331. — (JB 21 ex 92, Seite 251.)
I. HG Wien.
II. OLG Wien.

In der von A, executivem Sequester eines Hauses, dem Wiener HG gelegten Sequestrationsrechnung wurde unter den Einnahmen ohne Angabe der einzelnen Einnahmeposten lediglich der während der geführten Verwaltung eingehobene Gesammtmiethzins angeführt. In die Ausgaben wurde das von dem Sequester beanspruchte Sequestrationshonorar eingestellt.

Ueber das bei der zur Einvernehmung der Hypothekarinteressenten gemäss § 100 AGO anberaumten Tagfahrt von dem Hypothekargläubiger B gestellte Begehren wurde dem A aufgetragen: 1. Den für die angesprochenen Sequestrationskosten in die Ausgaben eingestellten und in Händen des Sequesters befindlichen Betrag zu Gerichtshanden zu erlegen; 2. einen specificirten Ausweis über die Miethzinseinnahmen vorzulegen.

Ueber den von A ergriffenen Recurs hat die II. J. diesen B. abzuändern und das diesbezüglich gestellte Begehren abzuweisen befunden, weil der Sequester im Sinne der §§ 297 und 100 AGO vor erfolgter Bemängelung seiner Sequestrationsrechnung weder verpflichtet erscheint, seine einen Bestandtheil der in der Sequestrationsrechnung verzeichneten Auslagen bildenden Expensen gerichtlich zu erlegen, noch die Sequestrationsrechnung mit mehreren Belegen zu versehen.

In dem von B ergriffenen o. Revisionsrecurse wird ausgeführt, dass der Sequester gemäss § 297 AGO über seine Einnahmen und Ausgaben Rechnung zu legen habe, dass aber zur Rechnungslegung auch die Angabe der einzelnen Einnahme- und Ausgabeposten gehört, ohne deren Kenntniss eine Prüfung der Rechnung, daher auch eine Genehmigung oder Bemängelung nicht möglich ist, und dass, insoweit es sich um den gerichtlichen Erlag handelt, der Sequester sich sein Honorar nicht selbst be-

stimmen könne, dasselbe bisher illiquid ist und daher nicht unter die Ausgabeposten eingestellt werden könne.

Ueber diesen Recurs hat der OGH die angefochtene obergerichtliche E. im Punkte 2 in der Erwägung, dass die Beanständung der Einnahmepost im Wege des Rechnungsprocesses zu geschehen hat, zu bestätigen, dagegen im Punkte 1 den Erlag des Sequestrationserlöses betreffend, in der Erwägung, dass vor Feststellung der dem Sequester gebührenden Entlohnung derselbe nicht berechtigt ist, zur Befriedigung seiner diesfälligen Ansprüche einen Theil des Sequestrationserlöses zurückzuhalten, er vielmehr gemäss § 296 AGO gehalten ist, dem ihm vom Gerichte ertheilten Erlagsauftrage Folge zu leisten, andererseits in der Erwägung, dass ihm bei Besorgung der Sequestration zweifellos Auslagen erwachsen sind und von ihm nicht verlangt werden kann, dass er aus eigenem Vermögen zur Bestreitung derselben Vorschüsse mache, und in Erwägung, dass in der vorgelegten Expensnote an baaren Auslagen ein Betrag auf 320·87 fl. verzeichnet erscheint, welcher unpräjudicirlich der gerichtlichen Feststellung der gesammten Sequestrationskosten dem Sequester umsomehr in Händen belassen werden kann, als ihm doch auch ein Anspruch auf Entlohnung für seine Mühewaltung zusteht, unter Abänderung beider untergerichtlichen E. zu bewilligen befunden, dass der executive Sequester den Betrag von 320·87 fl. bis zur gerichtlichen Feststellung seiner Ansprüche in Händen behalte, dass er dagegen den Rest des Sequestrationserlöses gerichtlich zu erlegen habe.

2970.

Das dem Besteller nach § 1153 ABG zustehende Recht, bei dem Vorhandensein der daselbst normirten Voraussetzungen einen verhältnissmässigen Theil des Lohnes zurückzuhalten, ist nicht daran geknüpft, dass die der gelieferten Arbeit anhaftenden Mängel in einer besonderen Frist geltend gemacht werden müssen.

E. v. 13. December 1892, Z. 14142. — (GH 12 ex 93, Seite 104.)

A klagte den B auf Zahlung eines Lohnes von 164 fl., resp. 99 fl. für gelieferte Tischlerarbeiten; hiegegen erhob B die Einwendung, dass die Arbeiten mangelhaft seien und er in Folge dessen gemäss § 1153 ABG die Verbesserung oder eine angemessene Schadloshaltung fordern und zu dem Ende einen verhältnissmässigen Theil des Lohnes zurückhalten könne.

Mit dieser Einwendung wurde der Geklagte von der I. J. abgewiesen.

Gründe:

Vor Allem ist Rücksicht zu nehmen auf die gesetzlichen Bestimmungen von der Gewährleistung und insbesondere auf § 1153 ABG, wo-

nach der Besteller berechtigt ist, für Mängel einen verhältnissmässigen Theil des Lohnes zurückzuhalten. Es entsteht jedoch die Frage, wann und in welcher Weise diese Mängel gerügt werden müssen, und da bestimmt nun das Gesetz stricte, dass die Mängel sofort bei der Lieferung der Sachen gerügt werden müssen, und es verjährt daher das Recht zur Klage aus der Gewährleistung, daher auch die Einwendung aus derselben in sechs Monaten bei beweglichen, in drei Jahren bei unbeweglichen Sachen.

Diese Frist ist eine Verjährungsfrist und keine Präclusivfrist, weshalb auch in Folge dessen das Recht durch Nichtausübung während dieser Zeit verloren geht. Der Geklagte behauptet zwar, dass er dem Kläger sofort bei der Lieferung der Arbeit die Mängel angezeigt hat, bietet hierüber auch den Beweis an, gibt jedoch nicht an, worin diese Mängel bestanden, hat sich auch nicht gesetzlich geschützt, im Gegentheil, hat die gelieferte Arbeit einmauern lassen, hat sie daher übernommen und dadurch zu erkennen gegeben, dass er sich mit dieser Arbeit zufrieden gebe. Das Recht der Mangelhaftigkeit der Arbeit ist verjährt, da seit der Uebernahme der Arbeit bis zur Erhebung der Einwendungen viel mehr als sechs Monate verflossen sind.

Die II. J. hat die E. I. J. aufgehoben und die Klage für dermalen abgewiesen.

Gründe:

Was zunächst die Beschwerde gegen die Nichtberücksichtigung der gemäss § 1153 ABG erhobenen Einwendung anbelangt, so kann der Ansicht des Erstrichters, dass diese Einwendung durch Verjährung erloschen sei, nicht beigepflichtet werden. Denn, wenngleich der vom Geklagten geführte Beweis durch Zeugen darüber, dass er gleich bei Uebernahme der gelieferten Arbeiten dem Kläger die Mangelhaftigkeit derselben ausgestellt habe, nicht als gelungen bezeichnet werden kann, die diesbezüglichen Angaben des Geklagten zu unbestimmt lauten, indem er selbst nicht anführt, welche einzelnen Mängel er damals gerügt haben will, so ist dies für die Rechtzeitigkeit der erhobenen Einwendung nicht entscheidend. Das dem Besteller nach § 1153 ABG zustehende Recht, beim Vorhandensein der daselbst normirten Voraussetzungen einen verhältnissmässigen Theil des Lohnes zurückzuhalten, ist nicht daran geknüpft, dass die der gelieferten Arbeit anhaftenden Mängel in einer besonderen Frist geltend gemacht werden müssen, und es ist gesetzlich nicht begründet, die im § 933 ABG für die Gewährleistung bei beweglichen Sachen festgesetzte Frist von sechs Monaten auch hier zur Anwendung zu bringen.

Die Geltendmachung dieses Rechtes liegt vielmehr schon in der Thatsache der Zurückbehaltung des Lohnes, und es kann der Klage auf Zahlung dieses Lohnes die Einwendung des § 1153 ABG immer entgegengesetzt werden.

Es handelt sich sonach nur darum, ob die vom Geklagten behaupteten Mängel einer gelieferten Arbeit thatsächlich vorhanden waren, und welcher Betrag als der vom Geklagten in Folge dieser Mängel zurückzubehaltende verhältnissmässige Theil des Arbeitslohnes als angemessen zu betrachten ist; in dieser Richtung ist der Ausspruch der Sachverständigen massgebend.

Dieselben haben bei ihrer Einvernahme thatsächlich das Vorhandensein der in dem Gutachten vom 7. April 1892 angeführten Mängel an der Arbeit des Klägers constatirt und erklärt, dass zur Behebung dieser Mängel ein Betrag per 53 fl. erforderlich ist; es ist sonach dieser Betrag als derjenige anzunehmen, zu dessen Zurückhaltung der Geklagte bis zur Verbesserung der Mängel oder Schadloshaltung berechtigt ist, und war daher das Klagebegehren hinsichtlich dieses Betrages sammt entfallenden Zinsen für dermalen abzuweisen.

Der OGH hat diese oberlandesgerichtliche E. bestätigt.

Gründe:

Die Revision des Klägers ist unbegründet, weil durch das Gutachten der Sachverständigen dargethan ist, dass an den vom Kläger dem Geklagten gelieferten Tischlerarbeiten thatsächlich die vom Letzteren behaupteten Mängel vorhanden sind, zur Behebung derselben ein Betrag von 53 fl. erforderlich ist, sohin der hiefür vom Geklagten zurückgehaltene Arbeitslohn angemessen ist, weil ferner die Einwendung der Mangelhaftigkeit der Arbeiten durch Verjährung nicht erloschen ist, wie dies der Oberrichter richtig näher ausführte, zumal die Uebernahme des Werkes durch den Besteller, wenn die Brauchbarkeit sich erst erproben muss, der Zurückbehaltung des Lohnes bei hervortretenden Mängeln nicht entgegensteht, vielmehr der auf Bezahlung Klagende die Lieferung eines brauchbaren Werkes zu beweisen hat, endlich weil keine Umstände vorliegen, welche die Annahme des Verzichtes auf die Bemängelung der Arbeit nach § 863 ABG rechtfertigen lassen, wie dies Kläger anzunehmen erachtet.

2971.

Ungiltigkeitserklärung einer Ehe nach § 58 ABG.

E. v. 13. December 1892, Z. 14461. — (JB 9 ex 93, Seite 105.)

I. LG Wien.
II. OLG Wien.

Ueber Einschreiten des A wegen Ungiltigkeitserklärung seiner mit B geschlossenen Ehe aus dem Grunde des § 58 ABG hat die I. J. zu Recht erkannt, dass die zwischen A und B geschlossene Ehe für ungiltig erklärt werde. Dies aus den nachstehenden, den Sachverhalt darlegenden

Gründen:

Der Kläger stützt sein Begehren auf § 58 ABG und begründet dasselbe damit, dass seine Ehegattin laut Taufscheines vom 2. April 1891 einen Knaben geboren hat, welcher unmöglich, da er mit seiner Ehegattin das erstemal am 22. October 1890 fleischlichen Umgang gepflogen hat, von ihm erzeugt worden sein kann, daher dieselbe bei Eingehung der Ehe bereits von einem Anderen geschwängert war. Die Geklagte gibt zwar selbst zu, dass der von ihr geborene Knabe nicht von ihrem Ehegatten erzeugt wurde, sondern von N., mit welchem sie vor ihrem Ehegatten ein Verhältniss hatte, und wendet ihrerseits nur ein, dass ihr Ehegatte, nachdem sie ihm die Wahrheit reuevoll eingestanden hätte, ihr verziehen habe und daher zur Klage nicht mehr berechtigt sei. Auf dieses Geständniss kann jedoch bei der Urtheilsschöpfung keine Rücksicht genommen, und muss daher die Unmöglichkeit der Erzeugung durch den Ehegatten auf eine andere Weise dargethan werden. Diesfalls ist nun durch die gepflogenen Erhebungen und die eidlichen Aussagen der Zeugen dargethan, dass der klägerische Ehegatte mindestens vom März 1890 bis längstens 8. October 1890 mit seiner Ehegattin gar nicht zusammengekommen und daher in dieser Zeit ein fleischlicher Umgang zwischen Beiden nicht stattgefunden haben kann. Um jedoch als Vater des von seiner Ehegattin am 2. April 1891 geborenen Kindes angesehen werden zu können, müsste nach den gesetzlichen Bestimmungen von ihm mindestens 6 Monate vor der Geburt des Kindes mit der Mutter der Beischlaf gepflogen worden sein, also längstens am 2. October 1890, was jedoch nach den Erhebungen ausgeschlossen erscheint. Hiezu kommt noch, dass von den sachverständigen Zeugen, nämlich von der Hebamme O. und Dr. P. bestätigt wird, dass das Kind ein vollkommen ausgewachsenes, reifes und gewiss keine Frühgeburt, kein Sechsmonatkind, gewesen ist. Es ist somit als erwiesen anzusehen, dass das von der Geklagten B am 2. April 1891 geborene Kind nicht von dem klägerischen Ehegatten erzeugt worden sein kann, und daher auch dargethan, dass die B bei ihrer mit dem Kläger A am 8. November 1890 erfolgten Verehelichung bereits von einem Anderen geschwängert war. Was die Einwendung der Geklagten betrifft, dass ihr Ehegatte ihr verziehen und die Ehe ungeachtet ihres Fehltrittes fortführen zu wollen erklärt habe, so muss aus den diesfalls gepflogenen Erhebungen und Zeugenaussagen und aus den wiederholten Briefen der Geklagten an den Kläger, in welchen sie immer neuerlich um Verzeihung bittet, als erwiesen angenommen werden, dass eine ausdrückliche Verzeihung nicht stattgefunden habe. Aber auch aus den Briefen des Klägers an den Vater der Geklagten, worin er demselben mittheilt, dass er bereit sei, wenn er das Kind für immer versorgt, seiner Tochter ihre ganzen Sachen, Mitgift, Ausstattung, wie es sich gehört, gleich gibt und ihm eine Vergütung an

Geld leistet, die Klage zurückzuziehen, kann weder auf eine Verzeihung noch auf eine Verzichtleistung auf das Klagerecht geschlossen werden. Was die Einwendung des Vertheidigers des Ehebandes anbelangt, so muss nach dem Vorgesagten wohl als erwiesen angenommen werden, dass das am 2. April 1891 geborene Kind nicht in der am 8. November 1890 geschlossenen Ehe erzeugt worden sein kann, wodurch auch dargethan erscheint, dass die geklagte Ehegattin zur Zeit der Eheschliessung bereits geschwängert war. Aber auch der Umstand, dass dieselbe von einem Anderen als dem klagenden Ehegatten geschwängert war, muss als erwiesen angenommen werden; denn, wenn auch, wie der Vertheidiger des Ehebandes behauptet und durch den Eid beweisen will, der klagende Ehegatte schon vor der Verehelichung, und zwar bereits am 18. October 1890 mit der Ehegattin fleischlichen Umgang gepflogen hat, so kann nach den gesetzlichen Bestimmungen noch immer nicht angenommen werden, dass das am 2. April 1891 geborene Kind von ihm erzeugt wurde und kann demnach der Ansicht des Vertheidigers des Ehebandes, dass mit Rücksicht darauf, dass vom 18. October 1890 bis 2. April 1891 nur um 14 Tage weniger verflossen sind, als nach § 163 ABG erforderlich sind, um die gesetzliche Vermuthung der Erzeugung durch den Kläger herzustellen, es doch nicht ausgeschlossen sei, dass das Kind von ihm erzeugt wurde. Ebenso erscheint die Einwendung desselben, dass mit Rücksicht darauf, dass der Kläger mit seiner Ehegattin geständigermassen schon vor der Verehelichung fleischlichen Umgang gepflogen hat, derselbe zur Geltendmachung des im § 58 ABG normirten Rechtes gar nicht berechtigt sei, nicht begründet, da Kläger wohl nicht verhalten werden kann, mehr zu beweisen, als dass das Kind nicht von ihm erzeugt worden sein kann, was damit erfolgte, dass vom Zeitpunkte seiner ersten fleischlichen Beiwohnung bis zur Geburt der gesetzlich nothwendige Zeitraum nicht verstrichen ist. Weiters kann auch der Umstand, dass, wie der Vertheidiger des Ehebandes behauptet und durch Sachverständige beweisen will, der klagende Ehegatte, ungeachtet er nach den natürlichen Erscheinungen und dem gewöhnlichen Gange der Dinge schon vor dem 1. April 1891 die Schwangerschaft seiner Frau erkennen und mindestens vermuthen musste, dass die Schwängerung nicht von ihm herrühre, die Ehe bis inclusive 1. April 1891 fortsetzte, nicht als ein solcher angesehen werden, wodurch derselbe den Schutz des § 58 ABG verwirkt hätte, da nach dem Gesetze erforderlich ist, dass dem klagenden Ehegatten bei der Verehelichung die bereits durch einen Anderen erfolgte Schwängerung bekannt war und der klagende Ehegatte über diesen Umstand erst durch die erfolgte Geburt eines reifen Kindes Gewissheit erlangt haben kann. Was schliesslich die behauptete Verzeihung anbelangt, so wurde bereits oben angeführt, dass eine solche nicht als geschehen angesehen werden kann. Es musste daher dem Klagebegehren stattgegeben und die Geklagte als sachfällig auch in den Ersatz

der dem Kläger verursachten Kosten, sowie der Kosten des Vertheidigers des Ehebandes verhalten werden.

Ueber Appellation des Vertheidigers des Ehebandes hat die II. J. diese E. in der Hauptsache bestätigt und im Uebrigen unberührt gelassen. Dies aus nachstehenden

Gründen:

Die wesentlichen Einwendungen des allein appellirenden Ehebandvertheidigers in vorliegender Eheungiltigkeitsuntersuchung waren: Die Behauptung a) dass der nun auf Eheungiltigkeit nach § 58 ABG klagende Ehegattin seiner Gattin verziehen, und b) dass er schon vor der Geburt des Kindes die vor der Eheschliessung durch einen Dritten erfolgte Schwängerung seiner Gattin gewusst und doch mit derselben die Ehe fortgesetzt habe. In seiner Appellation beschwert sich nun der Ehebandsvertheidiger, dass ad a) der von ihm deferirte Haupteid darüber, dass der Kläger A seiner Gattin B die Irreführung durch Verheimlichung der vor der Eheschliessung erfolgten Schwängerung verziehen habe, und dass ad b) der von ihm angebotene Beweis durch Sachverständige darüber, dass der Kläger A nach den natürlichen Erscheinungen und dem gewöhnlichen Gange der Dinge schon vor dem 1. April 1892 die Schwangerschaft seiner Frau erkennen und mindestens vermuthen musste, dass die Schwängerung nicht von ihm herrühre, von der I. J. nicht zugelassen worden sei. Ad a) Im Verfahren über die Ungiltigkeit und Trennung der Ehe ist nach den §§ 99 ABG und 13 des Hofd. vom 23. August 1819, JGS Nr. 1595, der Beweis durch den Eid der Ehegatten unzulässig, die Zulassung des von dem Ehebandvertheidiger dem klagenden Ehegatten über ein die Beseitigung des Eheauflösungsgrundes des § 58 bewirkendes Verzeihen deferirten Haupteides ist daher im Voraus ausgeschlossen. Nach der Beweislage steht überdies fest, dass zwar die Ehegattin B wiederholt brieflich und mündlich ihren Gatten um Verzeihung gebeten, dass aber der Gatte A die erbetene Verzeihung nie gewährt, sondern sich nur gegen und nach Einhaltung gewisser pecuniärer Bedingungen zur Fortsetzung der ehelichen Lebensgemeinschaft bereit erklärt habe. Ad b) Der sub b) erwähnte, vom Ehebandvertheidiger beantragte Sachverständigenbeweis soll die Nothwendigkeit eines Vermuthens, eines Erschliessens des Ehegatten, also nicht eine äussere Thatsache, sondern einen Gedankenprocess im Kläger erweisen, ist daher schon von diesem Gesichtspunkte aus nach den geltenden civilprocessualen Normen unzulässig. Uebrigens wäre selbst ein erwiesener Argwohn noch kein Wissen, kein „Geschwängertfinden“ im Sinne des § 58 ABG. Erst die Besichtigung des neugeborenen Kindes hat den herbeigerufenen Arzt in die Lage gesetzt, das Kind als reif zu erklären. Es konnte daher die Kenntniss von dem den Eheungiltigkeitsgrund des § 58 ABG bildenden Factum bei dem Ehegatten erst durch die Geburt

des Kindes, die Erklärung des Arztes und das Geständniss der Gattin herbeigeführt werden. Nach der Geburt dieses Kindes hat der Gatte den ehelichen Verkehr, wie erwiesen, nicht fortgesetzt, sondern hat, sobald als es das Wochenbett der Gattin gestattete, diese zu ihren Eltern, allerdings zur Erholung, geschickt. Der Sachverständigenbeweis sub b) erscheint somit irrelevant. Die in vorliegender Verhandlung vom Ehebandsvertheidiger aufgestellte Behauptung, dass Kläger, weil er selbst schon vor seiner am 8. November 1890 erfolgten Trauung, wahrscheinlich vom 18. October ab, mit seiner Braut selbst geschlechtlich verkehrte, sie nicht erst „nach der Ehelichung bereits von einem Anderen geschwängert“ habe finden können (§ 58 ABG) und daher zur Klage nach § 58 ABG nicht berechtigt sei, erscheint unrichtig, weil, wie schon oben hervorgehoben wurde, nicht schon der geschlechtliche Umgang allein das von der Gattin behütete Geheimniss ihres Geschwängertseins von einem Anderem zu leisten im Stande ist. Auch die weitere Behauptung des Ehebandvertheidigers, dass, weil vom Beginne des Geschlechtsverkehres des Klägers mit der Geklagten vom 18. October 1890 bis zu der am 2. April 1891 erfolgten Geburt des Kindes ein Zeitraum von 160 Tagen, also ein nur um 20 Tage kürzerer als der zur Präsumtion der Zeugung nach § 163 ABG verflossen sei, der Beweis, dass das geborene Kind nicht vom Kläger gezeugt sei, nicht als erbracht angenommen werden könne, ist gleichfalls nicht stichhältig; denn vor Allem fehlt, weil das Zeitraumsminimum von 6 Monaten oder 180 Tagen im vorliegenden Falle nicht zutrifft, die Voraussetzung des § 163 ABG und dann schliesst die Vermuthung des § 163 den Beweis der Schwängerung durch einen Anderen nach § 58 ABG nicht unbedingt aus.

Der Revisionsbeschwerde des Vertheidigers des Ehebandes hat der OGH keine Folge gegeben und zu erkennen befunden: Die zwischen A und B am 8. November 1890 in der Pfarrkirche zu X nach katholischem Ritus geschlossene Ehe werde für ungiltig erklärt und trage die Geklagte B daran Schuld.

Gründe:

Nach den Ergebnissen der gepflogenen Untersuchung ist der Beweis hergestellt, dass der Kläger anlässlich der am 2. April erfolgten Entbindung seiner Gattin die Entdeckung gemacht habe, dass dieselbe bei Eingehung der Ehe mit ihm bereits von einem Anderen geschwängert war. Die Behauptung der Geklagten, dass der Kläger ihr verziehen habe, hat weder in den Aussagen der vernommenen Zeugen, noch in den zu den Acten gebrachten Schriftstücken eine Bestätigung gefunden, und ist der Haupteid, welchen der Vertheidiger des Ehebandes dem Kläger über diesen Umstand aufgetragen hat, schon deshalb unzulässig, weil das Eidesthema zu allgemein und unbestimmt ist, um daraus den Schluss ziehen zu können, es habe der Kläger auf das ihm nach § 58 ABG zustehende Recht,

die Ungiltigkeitserklärung der Ehe zu fordern, Verzicht geleistet. In Uebereinstimmung mit den U. der Untergerichte war demnach unter Zurückweisung der Revisionsbeschwerden dem Klagebegehren gemäss zu erkennen und im Hinblick auf die Bestimmungen der §§ 102 und 1265 ABG, sowie der §§ 12, 13 und 18 des Hofd. vom 23. August 1829, JGS Nr. 1595, mit diesem E. der Ausspruch zu verbinden, dass die Geklagte an der Ungiltigkeit der Ehe Schuld trage, zumal dieses Verschulden in der Natur der Sache gelegen und implicite in den Entscheidungsgründen der Untergerichte zum Ausdrucke gebracht erscheint.

2972.

Die Vereinbarung der Waarenlieferung „per Ende November" involvirt kein Fixgeschäft.

E. v. 13. December 1892, Z. 14555. — (JB 3 ex 93, Seite 35.)
I. HG Prag.
II. OLG Prag.

A, Kaufmann in Prag, begehrte wider B das E.: Der Geklagte sei schuldig, ihm den in Folge Verweigerung der Annahme eines verkauften Fasses Palmkernöles und Verweigerung der Zahlung des Kaufpreises verursachten Schaden im Betrage von 113 fl. sammt den Kosten des öffentlichen Verkaufes dieses vom Geklagten erkauften und vom Kläger gelieferten Fasses Palmkernöl im Betrage von 17 fl. zu bezahlen.

Die I. J. hat dem Klagebegehren gemäss erkannt.

Ueber Appellation des Geklagten hat die II. J. die Klage unbedingt und zur Gänze abgewiesen.

Der Revisionsbeschwerde des Klägers hat der OGH stattzugeben und das U. der I. J. wieder herzustellen befunden.

Gründe:

Nach der Processlage ist vorliegend nur die Frage zu entscheiden, ob in dem fraglichen Kaufvertrage ein Fixgeschäft im Sinne des Art. 357 HGB oder lediglich ein Kauf mit bestimmter Erfüllungszeit zu erkennen ist. Der Geklagte vermeint, dass, nachdem er ein Fass Palmkernöl ab Tetschen „per Ende November 1891" gekauft hat, die Lieferung hiermit vereinbarungsgemäss „Ende November 1891", das ist also zu einem genauen und festbestimmten Tage, nämlich am 30. November 1891 zu erfolgen hatte, auch ein Fixgeschäft, dessen rechtliche Wirkung nach Art. 357 HGB zu beurtheilen ist, vorliegt. Dieser Anschauung pflichtet auch das OLG bei und hat demzufolge das Klagebegehren zur Gänze abgewiesen, weil den Worten „per Ende November 1891" wohl keine andere Bedeutung beigemessen werden kann, als dieselben zum Ausdruck bringen, das ist „am letzten November 1891", sonach auch kein Zweifel bestehen kann, dass vorliegend eine im Sinne des Art. 357 HGB festbe-

stimmte Lieferzeit vertragsmässig festgesetzt wurde. Die gegen diesen oberlandesgerichtichen Urtheilsspruch gerichtete Revisionsbeschwerde ist jedoch begründet; denn schon aus der Vereinbarung der Streittheile geht hervor, dass die Parteien nicht einmal einen bestimmten Tag für die Erfüllung des Kaufvertrages vereinbart haben und auch nicht vereinbaren wollten, denn sonst hätten die Parteien ausdrücklich den letzten November 1891 als Erfüllungstag vereinbart und sich nicht auf die in den Worten „per Ende November 1891“ zweifellos liegende ungefähre Zeitbestimmung beschränkt. Ueberdies lässt dieses Vorwort „per“ keine solche Vereinbarung ersehen, aus welcher jede nach Ablauf des betreffenden Zeitraumes erfolgte Lieferung als ausserhalb des Vertrages stehend angenommen werden müsste. Auch der Umstand, dass der Kläger in seinem Briefe vom 29. September 1891 lit. H, in welchem er dem Geklagten den mit seinem Reisenden abgeschlossenen Kauf bestätigte, auch bestätigte, dass der Kauf lieferbar „gegen Ende November 1891“ abgeschlossen wurde, und dass der Geklagte gegen diesen Brief nicht die geringste Einwendung erhoben hat, lässt erkennen, dass die Worte „per Ende November 1891“ nur eine ungefähre Zeitbestimmung enthalten, keineswegs aber eine festbestimmte Zeit, zu welcher genau die Waare zu liefern bedungen worden wäre. Zum Begriffe eines Fixgeschäftes im Sinne des Art. 357 HGB gehört eben nicht nur die Verabredung einer festbestimmten Erfüllungszeit oder Frist, sondern es muss bedungen worden sein, dass die Waare genau zu einer festbestimmten Zeit geliefert werden soll. Nach dem Wortlaute und dem Sinne des Art. 357 HGB, welcher als eine Ausnahmsbestimmung der aus den Art. 355 und 356 HGB sich ergebenden Regel, dass die Contrahenten bei Abschluss eines Kaufgeschäftes eine bestimmte Erfüllungszeit verabreden, eine Lieferzeit bestimmen, sich darstellt, kann sonach von einem Fixgeschäfte nur dann gesprochen werden, wenn nicht nur eine festbestimmte Lieferzeit, sondern auch der Wille der Contrahenten dahin erklärt wurde, dass eine ausserhalb der festbestimmten Zeit erfolgende Lieferung nicht mehr als die Erfüllung der schuldigen Vertragspflicht zu betrachten sei, und dass diese Zeit etwas dergestalt Wesentliches sein soll, dass mit dieser Zeit der Vertrag stehen und fallen, eine spätere Lieferung nicht mehr als Vertragserfüllung angesehen werden, nach Ablauf der Zeit auf Annahme späterer Lieferung nicht mehr gerechnet werden soll. Da nun vorliegend weder aus der Beschaffenheit der Waare, noch aus dem im Kaufe bestimmten Erfüllungsorte des Vertrages und Aufgabsorte der Waare Tetschen im Vergleiche zum Abnahmsorte der Waare Troppau, noch aus den im Schlussscheine vom 25. September 1891 lit. G gebrauchten Worten „per Ende November 1891“, noch aus der diesen Worten, wie bereits erwähnt, nach dem Kaufabschlusse gegebenen Deutung hervorgeht, dass die Contrahenten durch diese Worte: „per Ende November 1891“ vereinbart wissen wollen, dass die Waare genau zu der bestimmten

Zeit am 30. November 1891 zu liefern ist, widrigens die erst nach dieser Zeit erfolgende Lieferung nicht mehr als Erfüllung des Vertrages angesehen werden kann, so kann in dem zwischen Kläger und Geklagten abgeschlossenen Kaufvertrage nicht das Vorhandensein eines Fixgeschäftes, sondern nur ein Kauf mit bestimmter Erfüllungszeit gefunden werden, auf welchen nicht die Bestimmungen des Art. 357 HGB, sondern die Normen der Art. 354 bis 356 und 343 HGB ihre Anwendung zu finden haben. Bei dieser Sachlage erscheint das erstrichterliche, dem Klagebegehren unbedingt stattgebende U. unter Hinweisung auf dessen weitere richtige, den Zugeständnissen der Streittheile entsprechende Begründung gerechtfertigt, weshalb auch in Stattgebung der Revisionsbeschwerde des Klägers unter Abänderung des oberlandesgerichtlichen U. das erstrichterliche U. wieder hergestellt wurde.

2973.

Nach Löschung der Firma und Aufgebung des Geschäftes ohne Liquidation ist die Eröffnung des kaufmännischen Concurses über das Vermögen eines gewesenen Gesellschafters derselben unstatthaft.

E. v. 13. December 1892, Z. 14583. — (Práv. III ex 93, Seite 95.)

I. LG Prag.
II. OLG Prag.

Dem Einschreiten des Privaten Veit A, gewesenen öffentlichen Gesellschafters der bereits gelöschten Firma „V. A." um Eröffnung des Concurses über sein und dieser gelöschten Firma Vermögen willfahrte die I. J. dahin, dass sie den Concurs über das Vermögen des Veit A, Privaten und gewesenen öffentlichen Gesellschafters der bereits gelöschten Firma „V. A." eröffnete.

Ueber Recurs des Concursgläubigers B hat die II. J. diese Concurseröffnung sammt den weiteren einschlägigen Verfügungen behoben und der I. J. verordnet, das Gesuch des A um Eröffnung des Concurses über sein Vermögen dem HG zu Prag behufs der competenten E. abzutreten, weil nach § 192 CO die Bestimmungen über den kaufmännischen Concurs auch auf den Fall Anwendung finden, wenn die Concurseröffnung erst nach dem Zeitpunkte erfolgt, in welchem der Kaufmann sein Geschäft aufgegeben hat, sofern der Concurs noch vor Beendigung der Liquidation eröffnet wird. Wie aus den vom HG vorgelegten Acten hervorgeht, war Veit A öffentlicher Gesellschafter der Firma „V. A." und wurde erst am 19. April 1891 die Löschung dieser Firma angesucht. Es geht aber aus den Acten nicht hervor, dass die Liquidation dieser Firma schon beendigt ist, und es kommt daher in diesem Falle § 192 cit. zur Anwendung.

Ueber Revisionsrecurs mehrerer Concursgläubiger hat der OGH die angefochtene E. abgeändert, die mittlerweile durch das HG Prag erfolgte Concurseröffnung behoben und den Beschluss der I. J. wieder hergestellt.

Gründe:

Nach § 191 CO haben die besonderen Vorschriften über den kaufmännischen Concurs nur Anwendung auf den Concurs von Handelsgesellschaften und von solchen Kaufleuten, deren Firma im Handelsregister eingetragen ist. Nach § 192 ib. haben jedoch die besonderen Bestimmungen über den kaufmännischen Concurs auf den Fall, wenn die Concurseröffnung erst nach dem Zeitpunkte erfolgt, in welchem der Kaufmann sein Geschäft aufgegeben hat, nur dann Anwendung, wenn der Concurs noch vor der Beendigung der Liquidation, mithin noch im Zuge derselben eröffnet wird. In Erwägung nun, dass im vorliegenden Falle das Gesuch um Concurseröffnung zu einer Zeit überreicht wurde, in welcher die Firma „V. A." bereits im Handelsregister gelöscht war, die Gesellschafter das Geschäft unbedingt und ohne Durchführung der Liquidation aufgegeben haben, das Geschäft mithin gänzlich einging, ist der Fall eines kaufmännischen Concurses hier nicht vorhanden, und hat das LG mit vollem Recht als das nach § 58 ibid. hiezu competente Gericht den Concurs über das Vermögen des Veit A eröffnet.

2974.

Wenn auch durch den Kunstbefund ein Beweis über die Echtheit einer Unterschrift erbracht worden ist, so steht dem Richter demungeachtet das Recht zu, den Vergleich der Handschriften selbst vorzunehmen und dann nach eigener Ueberzeugung zu entscheiden.

E. v. 14. December 1892, Z. 14191. — (GH 36 ex 93, Seite 312.)

Gegen eine wechselrechtliche Zahlungsauflage wurde von dem Acceptanten die Einwendung erhoben, dass seine Unterschrift auf dem Klagewechsel nicht echt sei.

Da nun die Sachverständigen erklärt haben, dass die fragliche Unterschrift echt wäre, so wurde die Zahlungsauflage aufrecht erhalten.

Ueber die Appellationsbeschwerde der Belangten hat die II. J. die Prüfung der strittigen Unterschrift durch Vergleichung der Handschriften selbst vorgenommen und erkannt, dass die Unterschrift der Acceptanten nicht echt sei.

Der OGH bestätigte das die Zahlungsauflage behebende U. des OLG, weil die Behauptung des Klägers, dass das Gericht, wenn es einmal in zweifelhaften Fällen bei Vergleichung von Handschriften das Gutachten von Sachverständigen eingeholt hat, dieses auch bei der E. zu benützen habe, keineswegs aber berechtigt sei, dasselbe zu ignoriren, keine zutreffende sei. Der Richter habe vielmehr nach der klaren Bestimmung des § 43 des Hofd. vom 24. October 1845, JGS Nr. 906, selbstständig zu beurtheilen, welchen Glauben nach Beschaffenheit der Umstände die Vergleichung der Handschriften verdiene, weil die Benützung des Gutachtens

bei der E. nur als eine facultative, keineswegs aber als eine imperative bezeichnet werden kann.

Wenn sohin das OLG die Vergleichung der Handschriften selbst vorgenommen und auf Grundlage derselben sein U. gefällt hat, so befand es sich hiebei ganz auf dem gesetzlichen Boden des bezogenen § 43.

Was den obergerichtlichen Ausspruch betreffs der Unechtheit der Unterschrift des belangten Acceptanten betrifft, so muss man nach der weiteren selbstständigen Prüfung der Handschriften der Anschauung des OLG beipflichten, dass ungeachtet des Gutachtens der Sachverständigen im Schreibfache es nicht als erwiesen angenommen werden könne, dass der Geklagte eigenhändig den Klagewechsel als Acceptant unterfertigt habe.

2975.

Die Unterfertigung einer von Jemandem gemeinsam mit einem Anderen verfassten und bei Letzterem belassenen Urkunde begründet keinen Mitbesitz und die Verweigerung der Abschriftnahme keine Besitzstörung.

E. v. 14. December 1892, Z. 14462. — (JB 8 ex 93, Seite 94.)
I. st.-del. BG Wien, Innere Stadt I.
II. OLG Wien.

Die Firma H. & Comp. in München begehrte wider die Versicherungsgesellschaft „Oesterreichischer Phönix“ in Wien das E.: Die Geklagte habe die Klägerin durch die Verweigerung der Gestattung der Anfertigung einer vidimirten Abschrift von dem in ihrem Bureau am 13. Juni 1892 hinsichtlich der Schätzung des von ihr mittelst Versicherungspolice ddto. 21. Jänner 1892, Nr. 714583, versicherten Panoramabildes, darstellend „Jerusalem und die Kreuzigung Christi“, gemalt von Professor B, unter Assistenz beider Theile aufgenommenen Protocolle in dem Mitbesitze dieses Protocolles gestört, und die Geklagte sei schuldig, der Klägerin jederzeit auf ihre Kosten die Anfertigung einer vidimirten Abschrift des erwähnten Protocolles bei einem sonstigen Pönale von 10.000 fl. für jeden einzelnen Fall der Weigerung zu gestatten.

Die I. J. hat das Klagebegehren abgewiesen. Dieses E. beruht auf nachstehenden

Erwägungen:

Nach § 5 der kaiserlichen Verordnung vom 27. October 1849, RGB Nr. 12, handelt es sich in diesem höchst summarischen Verfahren lediglich um die Erörterung und den Beweis der Thatsache des letzten factischen Besitzstandes und der erfolgten Störung, es ist also zunächst die Frage zu beantworten, ob ein factischer Besitz wirklich stattgefunden habe. Die Klägerin behauptet in dieser Richtung, dass sie dadurch in den Mitbesitz des fraglichen Protocolles gelangt sei, dass dasselbe von den Streittheilen gemeinsam redigirt und schliesslich von ihrem Vertreter mit-

gefertigt wurde; sie muss aber zugleich zugeben, dass das Protocoll durch Ausfüllung einer von der Geklagten producirten Drucksorte zu Stande gekommen, in der Detention der Geklagten verblieben und keinen Augenblick daraus entzogen worden sei. Aus dieser Darstellung der Klägerin selbst geht zur Evidenz hervor, dass von einem factischen Mitbesitze an dem Protocolle, welcher gleichbedeutend ist mit dem unmittelbaren thatsächlichen Gewaltsverhältnisse zu demselben, keine Rede sein kann; denn diese physische Herrschaft über das Protocoll der Sache hatte und hat nur die Geklagte. Hier aber kommt nur das Protocoll als klägerische Sache, als Urkunde in Betracht; denn nur an dieser ist ein Besitz oder Mitbesitz im Sinne des § 309 ABG denkbar, keineswegs aber, wie die Klägerin behauptet, der von der materiellen Grundlage der Urkunde losgelöste „Inhalt, an welchem es als einer unkörperlichen Sache, der das Kriterium der Verkehrsfähigkeit mangelt, nach § 311 ABG einen Besitz im rechtlichen Sinne überhaupt nicht gibt. Die Klägerin vermeint zwar, dass die Unterfertigung des Protocolles durch ihren Vertreter im Wege der symbolischen Uebergabe im Sinne des § 427 ABG ihren thatsächlichen Mitbesitz begründet habe; sie übersieht aber hierbei, dass eine symbolische Uebergabe nur bei solchen beweglichen Sachen zulässig ist, welche keine körperliche Uebergabe gestatten, denn die Urkunde kommt, wie erwähnt, nur als körperliche Sache, als beschriebenes Blatt Papier für den factischen Besitz in Frage, und als solche ist sie gerade im Sinne des § 427 ABG zur körperlichen Uebergabe im eminenten Masse geeignet. Es könnte sich also des weiteren nur fragen, ob die Klägerin in dem Rechtsbesitze, von obigem Protocolle Abschriften zu verlangen, gestört wurde. Einen solchen Quasibesitz hat sie aber direct nicht einmal behauptet, und augenscheinlich das Recht factisch noch nicht ausgeübt, also gar nicht erworben; sodann aber müsste sie ein solches Recht, welches aus dem ursprünglichen Versicherungsvertrage abgeleitet werden könnte, gestützt auf die §§ 176 bis 178 ABG im o. Rechtswege geltend machen. Das Verfahren in possessorio summarissimo ist hierzu mit Rücksicht auf seine durch § 5 der eingangs citirten Verordnung klar umschriebenen Grenzen keineswegs geeignet. Es erscheint somit die Abweisung der obigen Besitzstörungsklage gerechtfertigt.

Ueber den Recurs der klagenden Firma hat die II. J. den erstrichterlichen Erkenntnissbescheid bestätigt; dies aus nachstehenden

Gründen:

Die der geklagten Gesellschaft zur Last gelegte Besitzstörung soll nach den klägerischen Angaben darin gelegen sein, dass die geklagte Gesellschaft der klagenden Firma die Abschriftnahme von einer unter Intervention beider Theile errichteten, die Wahl von Sachverständigen behufs Bewerthung des obenangeführten Panoramabildes betreffenden Urkunde (Protocoll) verweigert hat. Die Klägerin behauptet, sie befände sich im

Mitbesitze dieses sogenannten Protocolles und hätte diesen Mitbesitz im Sinne des § 427 ABG dadurch erlangt, dass dasselbe von beiden Theilen errichtet und von ihrem Vertreter mitgefertigt wurde. Diese Anschauung ist aber unrichtig. Denn dadurch, dass Jemand eine von ihm gemeinsam mit einem Anderen verfasste Urkunde unterfertigt, hat derselbe noch keineswegs im Sinne des citirten § 427 ABG nach aussenhin manifestirt, dass er diese Urkunde irgendwie in seine Gewalt bringen, dass er an derselben ein Miteigenthum oder einen Mitbesitz erwerben wolle. Vielmehr wurde dieses im Bureau der geklagten Gesellschaft errichtete und gefertigte Protocoll, wenn nicht im ausdrücklichen, so doch im stillschweigenden Einverständnisse des klägerischen Vertreters in der Innehabung der ersteren belassen. Es kann daher von einem factischen Mitbesitze der Klägerin an diesem Protocolle keine Rede sein, und in der Weigerung der geklagten Gesellschaft, der Klägerin die Abschriftnahme dieses Protocolles zu gestatten, eine Besitzstörung umsoweniger erkannt werden, als eine solche zur Voraussetzung hat, dass die Absicht des Störers darauf gerichtet sei, sich einen Besitz zu verschaffen, oder von der Last eines fremden Besitzes zu befreien, im gegebenen Falle aber keine dieser Voraussetzungen zutrifft. Der erste Richter hat daher das Klagebegehren mit Recht abgewiesen, und steht der Klägerin lediglich bevor, das gemäss der kais. Verordnung vom 27. October 1849, RGB Nr. 12, im Besitzstörungsverfahren ganz unzulässige Begehren auf Gestattung einer vidimirten Abschrift des erwähnten Protocolles eventuell im o. Rechtswege geltend zu machen.

Dem a. o. Revisionsrecurse der klägerischen Firma hat der OGH in der Erwägung, dass in den beiden untergerichtlichen E. weder eine Nichtigkeit, noch auch eine offenbare Ungerechtigkeit wahrzunehmen ist, dass es sonach an den Voraussetzungen des Hofd. vom 15. Februar 1833, JGS Nr. 2593, zu deren Aufhebung oder Abänderung gebricht, keine Folge zu geben befunden.

2976.

Vorgang bei der Abhandlung des Nachlasses nach einem Malteser-Ordensritter.

E. v. 14. December 1892, Z. 14584. — (GZ 23 ex 93, Seite 191.)
I. BG Strakonitz.
II. OLG Prag.

Nach Ableben des A, Comthur des souv. Malteser-Ordens, erhob das Grandpriorat des Letzteren auf den Nachlass Ansprüche und ordnete die Vornahme der Inventur über das Nachlassvermögen ohne Intervention des Gerichtes an, worauf dieses bei dem Umstande, dass durch den vorgelegten Auszug aus dem Codex vom Jahre 1782 der vollständige Beweis

über das dem souv. Malteser-Ritterorden aufden Nachlass des A zustehende Recht nicht hergestellt ist, das Grandpriorat des Malteser-Ritterordens aufforderte, dass dem souv. Malteserorden auf den Nachlass des A zustehende Recht unter Vorlage eines diesfälligen sanctionirten Gesetzes oder solcher Statuten, die Gesetzeskraft haben, binnen 6 Wochen nachzuweisen, widrigenfalls nach Ablauf dieser Frist der Nachlass des A mit den gesetzlichen Erben abgehandelt und denselben nach den Bestimmungen des ABG eingeantwortet werden würde.

Ueber den Recurs des Grosspriorates hat das OLG den erstrichterlichen B. aufgehoben und dem ersten Richter verordnet, durch eine unter Intervention des ausgewiesenen Vertreters des Recurrenten vorzunehmende gerichtliche Todfallsaufnahme festzustellen, ob der Verstorbene mit höherer Bewilligung einen letzten Willen errichtet hat, oder ob in dem Nachlasse Güter vorhanden sind, auf welche dritte Personen aus einem Vertrage einen Anspruch zu stellen haben und die zur Wahrung der Nachlassgläubiger und des Gebührenärars nothwendigen Vorkehrungen zu treffen und das weitere Amt zu handeln; denn bei dem Bestande der Hofd. vom 15. Juli 1784 und 7. April 1785, Krop, 9. Bd. S. 506, und bei den für den Malteser-Orden bestehenden giltigen Bestimmungen des Ordensstatutes kann kein Zweifel darüber bestehen, dass die Güter der mit Tod abgehenden Ordensbrüder an den Ordensschatz überzugehen haben; es ist deshalb überflüssig, über dieses sein Recht von dem genannten Orden Nachweise abzuverlangen und es kann auch eine Nachlassabhandlung mit den gesetzlichen Erben des Verstorbenen nicht stattfinden und deshalb war der angefochtene B. aufzuheben. Nachdem aber die Möglichkeit nicht ausgeschlossen ist, dass der Erblasser mit gehöriger höherer Bewilligung einen letzten Willen errichtet hat, aus den vorgelegten Acten nicht unzweifelhaft hervorgeht, dass nach einem solchen letzten Willen wirklich nachgeforscht und kein solcher gefunden wurde, nachdem ferner unter den Nachlasseffecten auch Sachen vorkommen können, auf welche dritte Personen Ansprüche aus einem Vertrage zu stellen haben und Vermögensstücke, auf welche Gläubiger des Erblassers einen Anspruch behufs ihrer Befriedigung stellen könnten und nachdem sich wirklich schon zwei Gläubiger zum Nachlasse gemeldet haben, so ist in dieser Nachlasssache eine gerichtliche Ingerenz durchaus nicht ausgeschlossen und es musste deshalb behufs Wahrung der Rechte dritter Personen, sowie des Gebührenärars die Vornahme der nöthigen Schritte dem BG aufgetragen werden.

In dem gegen diese E. seitens eines angeblichen Gläubigers erhobenen Revisionsrecurse wird angeführt, dass durch den obergerichtlichen Ausspruch, es solle keine Verlassabhandlung gepflogen werden, der Recurrent als Gläubiger geschädigt wird; ohne gerichtliche Abhandlung ein Uebergang der Nachlassrealitäten an den Orden nicht denkbar ist; der Orden wider den Anspruch des Gläubigers den Abgang einer Ab-

handlung, seiner Erbserklärung einwenden könnte, indem aus der obergerichtlichen E. nicht zu ersehen ist, dass der Orden für die Nachlassschulden aufzukommen habe und gleich einem Alleinerben sei; gemäss § 20 des Abh.-Pat. nach Jedermann die Nachlassabhandlung stattzufinden hat; hier eine der gesetzlichen Ausnahmen von dieser Regel nicht bestehe, indem Ordensstatuten für den Richter nicht massgebend sind; der Malteser-Orden nicht mehr souverän sei; nach dem Patente vom 28. Juni 1840 nicht einmal dem höchstprivilegirten deutschen Orden ein Abhandlungsrecht zusteht, dass zur Zeit der Erlassung der Hofd. vom 15. Juli 1784 und vom 7. April 1785 der Malteser-Orden noch souverän war; dieselben gleich Staatsverträgen mit dem Aufhören der Souveränität erloschen sind und ein Heimfallsrecht des Ordens später nicht mehr anerkannt worden ist.

Der OGH hat jedoch diesem Revisionsrecurse keine Folge gegeben, weil nach § 811 ABG für die Sicherstellung oder Befriedigung der Gläubiger des Erblassers vom Gerichte nicht weiter gesorgt wird, als sie selbst verlangen, wozu sie aber nach dem weiteren Inhalte dieser Gesetzesstelle einer Abhandlung der Verlassenschaft gar nicht bedürfen, weil die mit der oberlandesgerichtlichen E. angeordneten Verfügungen nicht geeignet sind, den Anspruch des Gläubigers zu beeinflussen, weil ihm daher gar nicht das Recht zusteht, diese nicht ihn berührende E. in Beschwerde zu ziehen.

2977.

Zur Vertretung der dem Findelhause in Pflege übergebenen Kinder ist nur die Direction desselben legitimirt.

E. v. 14. December 1892, Z. 14587. — (Práv. IV ex 93, Seite 114.)

I. LG Prag.
II. OLG Prag.

Das Einschreiten des A, unehelichen Vaters des von der B geborenen und dem Prager Findelhause in Pflege übergebenen Kindes um Bestellung eines Curators für dasselbe behufs Vergleichsabschlusses bezüglich der Ansprüche dieses Kindes wies die I. J. aus dem Grunde zurück, weil zur Vertretung des Letzteren lediglich der seitens des st.-del. BG Pisek über Ansuchen der Mutter oder Verwandten nach § 189 ABG zu bestellende Vormund berufen ist und es wurde diese Abweisung seitens der II. J. aus dem Grunde bestätigt, weil nach Hofd. vom 17. August 1822, JGS Nr. 1888, bei den dem Findelhause übergebenen Kindern die Direction desselben die Stelle des Vormundes vertritt, mithin nur diese und nicht der uneheliche Vater (siehe auch § 166 ABG) zu dem besagten Einschreiten legitimirt ist.

Dem a. o. Revisionsrecurse des A hat auch der OGH unter Berufung auf das weitere Hofkanzleidecret vom 17. Juni 1823, JGS Nr. 1748, wegen Abgangs der Erfordernisse des § 16 Abh.-Pat. keine Folge gegeben.

2978.

Darin, dass der Besitzer eines Grundstückes, auf welchem ein Baum emporgewachsen ist, den Stamm des Baumes abgeschnitten hat, kann eine Störung des Nachbars im Besitze des Ueberhanges nicht gefunden werden.

E. v. 20. December 1892, Z. 14663. — (GZ 27 ex 93, Seite 223.)

I. BG Seelowitz.
II. OLG Brünn.

In dem Besitzstörungsstreite des A gegen B hat die I. J. dem Klagebegehren gemäss erkannt, der Kläger A befinde sich im ruhigen Besitze seines Gartens und des Zwetschkenbaumes, dessen Stamm zwar in dem Garten des B steht, dessen übriger Theil jedoch über den Zaun, welcher die Gärten beider Theile trennt, in den Garten des A reicht, und der Geklagte habe den Kläger im ruhigen Besitze seines Gartens und des erwähnten Baumes dadurch gestört, dass er den gedachten Zwetschkenbaum in der Höhe von 125 Ctm. abschnitt. Diese E. beruht auf dem Zugeständnisse des Geklagten rücksichtlich des Besitzes des Klägers und der erfolgten Besitzstörung. Ueber den Recurs des Geklagten hat das OLG diese E. theils bestätigt, theils abgeändert und den Kläger blos im Besitze des Gartens bei seinem Hause und des Rechtes auf den Ueberhang des Zwetschkenbaumes geschützt, das Klagebegehren rücksichtlich des Sachbesitzes an dem Zwetschkenbaume jedoch abgewiesen; denn der in Rede stehende Zwetschkenbaum ragt, wie der Augenschein nachgewiesen hat, mit seinem Stamme aus dem Gartengrunde des Geklagten empor und ist daher als ein integrirender Bestandtheil des Grundes und Bodens, als eine Nebensache, welche in und während dieser organischen Verbindung keine selbstständige Existenz hat, mit dem Gartengrunde im Besitze des Geklagten. Der Besitz desselben erstreckt sich aber auf den ganzen Zwetschkenbaum einschliesslich der in den Luftraum des Klägers ragenden Aeste; denn auch diese haben, so lange sie mit dem Baume in Verbindung stehen, keine Sonderexistenz, sie sind nur unselbstständige Theile des ganzen Baumes und werden in und mit diesem besessen. Besitzer der in den Luftraum des Klägers überhängenden Aeste des Zwetschkenbaumes ist somit der Geklagte, woraus folgt, dass das vorliegende Klagebegehren, insoweit es einen Sachbesitz am Zwetschkenbaume geltend macht, unbegründet ist und über den auf volle Abweisung der Klage gerichteten Recurs des Geklagten in theilweiser Abänderung des erstrichterlichen B. abgewiesen werden muss. Wohl aber wurde der Kläger im Rechtsbesitze gestört. Nach § 422 ABG ist der Kläger berechtigt, die über seinem Luftraume hängenden Aeste abzuschneiden oder sonst zu benützen, und der Geklagte gibt ausdrücklich zu, dass der Kläger das Recht auf den Ueberhang des Zwetschkenbaumes ausgeübt und von den überragenden Aesten den Obst-

nutzen bezogen hat. Der § 422 ABG sagt nichts von einer Pflicht des Eigenthümers des Baumes, die in den nachbarlichen Luftraum reichenden Aeste abzuschneiden; er berechtigt vielmehr den Nachbar, die in seinen Luftraum überragenden Aeste abzuschneiden oder sonst zu benützen und normirt demzufolge a contrario nur die eine Pflicht des Baumeigenthümers, das Abschneiden oder sonstige Benützen der überhängenden Aeste durch den Nachbar zu dulden und daher jede Verhinderung dieser Aestebenützung, so lange der Baum steht, zu unterlassen. Die Frage, ob in der Fällung eines Baumes durch den Besitzer des Grundstückes, auf welchem der Baum emporwächst, eine Störung des Besitzes des Nachbars an dem Ueberhange liegt, oder ob der Eigenthümer des Baumes zur Fällung desselben ohne Rücksicht auf das Ueberhangsrecht des Nachbars gesetzlich berechtigt erscheint, ist vorliegend nicht zu beantworten, da hier der Zwetschkenbaum vom Belangten nicht völlig gefällt, sondern eben nur unterhalb des Wipfels abgeschnitten wurde. Wäre aber auch der Eigenthümer des Baumes, soweit der Stamm nicht selbst Ueberhang ist, zum Fällen desselben berechtigt, so folgt daraus doch keineswegs, dass der Eigenthümer des Baumes auch als zum Abhauen der in den Luftraum des Nachbars hinüberragenden Aeste berechtigt angesehen werden müsse; denn das Abschneiden der vom Nachbar benützten Aeste ist, wie erwähnt, durch positive gesetzliche Bestimmung dem Eigenthümer des Baumes untersagt, und die darin gelegene Einschränkung der Ausübung des Eigenthumsrechtes des Baumeigenthümers reicht nicht weiter als das Ueberhangsrecht des Nachbars, welches nach § 422 ABG nur auf die überragenden Wurzeln und Aeste sich bezieht. Der Geklagte hat somit, als er den Zwetschkenbaum in der Höhe von 125 Ctm. abschnitt, keineswegs innerhalb der rechtlichen Schranken im Sinne des § 1305 ABG gehandelt, sondern in die Rechtssphäre des Klägers eingegriffen und sich daher einer widerrechtlich eigenmächtigen Handlung schuldig gemacht, welche nach den §§ 339 und 351 ABG eine Störung des Rechtsbesitzes des Klägers begründet. In diesem Sinne war der erstrichterliche Endbescheid über den Recurs des Geklagten zu bestätigen.

Der OGH hat über den a. o. Revisionsrecurs des Geklagten das Klagebegehren zur Gänze abgewiesen. Durch die obergerichtliche E., gegen welche sich der Kläger nicht beschwert hat, ist festgestellt, dass es sich in dem vorliegenden Stritte nicht um den Besitz eines Gartengrundes und nicht um den Besitz oder Mitbesitz des oben bezeichneten Zwetschkenbaumes, welcher im Garten des Geklagten steht und sich in seinem Besitze befindet, sondern blos um den Besitz der Aeste und Zweige dieses Baumes, welche über dem Garten des Klägers hingen, also nur um den Besitz des in den Bestimmungen des § 422 ABG gegründeten Rechtes des Klägers, die über seinem Luftraume hängenden Aeste abzuschneiden oder sonst zu benützen, handelt. — Die Dauer dieses Besitzes hängt natur-

gemäss von dem Bestande des Baumes selbst ab; das bezogene Gesetz gibt aber keinen Anspruch darauf, dass des Ueberhanges wegen der Baum bis zu seinem natürlichen Absterben erhalten werden müsse, verpflichtet den Eigenthümer nur, die Benützung, eventuell das Abschneiden der überhängenden Zweige und Aeste durch den Nachbar zu dulden, beschränkt jedoch im Uebrigen nicht sein in den §§ 354 und 362 ABG gegründetes Recht, mit dem Baume nach Belieben zu schalten, denselben eventuell auch zu vertilgen. So wenig der Eigenthümer in der durch das Gesetz gestatteten Benützung oder Beseitigung des Ueberhanges durch den Nachbar einen Eingriff in seine Besitzsphäre erblicken darf, ebenso wenig kann sich der Nachbar dagegen beschweren, wenn der Eigenthümer von seinem Rechte, zu dessen Ausübung eine besondere Genehmigung nicht nöthig ist, Gebrauch macht und den Baum fällt. Letzteres Recht hatte, nachdem nichts gegen seine Redlichkeit spricht, gemäss § 329 ABG auch der Geklagte, als vom OLG ohne Bestreitung seitens des Klägers anerkannter Besitzer des Baumes und kann eben darum darin, dass der Geklagte den Stamm in seinem Garten in der Höhe von 125 Ctm. über dem Boden abgeschnitten hat, eine Störung des Klägers in dem Besitze des Ueberhanges nicht gefunden werden (§ 1305 ABG). Die Klage, in welcher ohne allen Grund die Anerkennung und der Schutz des Besitzes des Baumes selbst begehrt worden ist, erscheint daher nicht gerechtfertigt und wird dem a. o. Revisionsrecurse in Anwendung des Hofd. vom 15. Februar 1833, JGS Nr. 2593, stattgegeben und die Klage gänzlich abgewiesen.

2979.

Dem Exequenten gebühren die Kosten des Erscheinens bei der Ablegung des Manifestationseides.

Cassations-E. v. 20. December 1892, Z. 14759. — (Práv. XIV ex 93, Seite 507.)

I. LG Prag.
II. OLG Prag.

Die von der A in ihrer Executionssache gegen B pcto. 966 fl. s. N.-G. in einem nachträglichen Gesuche liquidirten Kosten der Tagfahrt, bei welcher B den im § 3 des Ges. v. 16. März 1884, RGB Nr. 35, vorgesehenen Manifestationseid abgelegt hat, wurden seitens der I. J. nicht zugesprochen, weil der § 24 der Proc.-Nov., nach welchem der Kostenersatzanspruch der A sowohl bezüglich seines Bestandes als betreff seines Umfanges ausschliesslich zu beurtheilen ist, nur in Fällen des streitigen Verfahrens platzgreift, jenes Verfahren aber, welches über Andringen der A im Grunde des § 3 des cit. Gesetzes eingeleitet und durch Ablegung des Manifestationseides seitens der B beendigt wurde, weder als ein

streitiges Verfahren sich darstellt, in welchem eine E. möglich wäre, wer obgesiegt hat oder unterlegen ist, noch auch mit einer bestimmten Executionsführung im Zusammenhange steht.

Die II. J. bestätigte diese E., weil zwar der Abweisungsgrund, dass es sich um ein nicht streitiges Verfahren handelt, schon im Hinblick auf die Ueberschrift des cit. Gesetzes, laut deren hiedurch eine Ergänzung des Executionsverfahrens normirt wird, unrichtig ist, dessenungeachtet aber die A im Hinblick auf den Umstand, dass B den Manifestationseid thatsächlich abgelegt hat, als Obsiegerin nicht anerkannt werden kann, und schliesslich bei der Tagfahrt selbst, obwohl hiebei in Person erschienen, die Kosten derselben nicht beansprucht hat, auf nachträglich liquidirte Kosten jedoch nach § 403 AGO kein Bedacht zu nehmen ist.

Dem a. o. Revisionsrecurse der A hat der OGH unter Aufhebung der gleichlautenden E. der Untergerichte Folge gegeben in der Erwägung, dass das zum Zwecke der Ablegung des erwähnten Manifestationseides eingeleitete Verfahren keineswegs als ein selbstständiger Incidenzstreit, sondern nur als Fortsetzung des Executionsverfahrens sich darstellt, auf welches die Bestimmungen der §§ 403 und 424 AGO bezüglich des Verlustes des Anspruches auf Kostenersatz bei Unterlassung der sofortigen Liquidirung nicht anwendbar erscheinen, dass also von einer Verspätung der Liquidirung dieser Auslagen keine Rede sein kann, mithin die A auch als Obsiegerin in diesem weiteren Stadium des Executionsverfahrens anzusehen ist, und auf den Ersatz aller ihr erwachsenen und behufs erfolgreicher Durchsetzung ihrer Ansprüche nothwendigen Auslagen nach § 24 der Proc.-Nov. ein Recht hat.

2980.

Der Witwe, welche nicht Erbin ihres Mannes ist, fehlt jede Berechtigung, auf Gestattung der Ueberführung der Leiche desselben in die ihr gehörige Grabstätte zu klagen.

E. v. 20. December 1892, Z. 14918. — (GH 20 ex 93, Seite 173.)

Witwe Antonie P. bat unter Beitritt ihres Vaters Z. gegen ihren Schwiegervater Josef P. um das E., es stehe ihr das Recht zu, unter Beobachtung der sanitären Vorschriften und mit Bewilligung der politischen Behörde den Leichnam ihres am 16. April 1889 zu L. verstorbenen Mannes Johann P. aus der dem Beklagten gehörigen Familiengruft a des Friedhofes in L. in die ihr gehörige Gruft b daselbst zu übertragen, und Beklagter sei bei Executionsvermeidung gehalten, diese Uebertragung zu gestatten. Dieses Begehren war darauf gestützt, dass Johann P. wiederholt den Wunsch geäussert hatte, neben seinen zwei in der Gruft b bei-

gesetzten Kindern begraben zu werden; diese Gruft, früher dem Z. gehörig, habe Klägerin gekauft; der Leichnam sei in der Zwischenzeit in Folge Ausspruches des Bezirkshauptmannes von L. in der Gruft a beigesetzt worden; das religiöse Gefühl und die bürgerlichen Gesetze, welche die Verbindung der Ehegatten für unlöslich erklärten, unterstützten das Begehren, zu dessen Geltendmachung der Wunsch des Verstorbenen verpflichtet.

Der Beklagte wendete dagegen ein, das von der Klageseite geltend gemachte Begehren sei überhaupt nicht klagbar, da der menschliche Leichnam Niemandem angehöre und es der politischen, beziehungsweise Gemeindebehörde zustehe, den Ort eines Begräbnisses zu bestimmen. Der Klägerin fehle die Berechtigung zur Klage, da sie selbst anerkennt, dass der geltend gemachte Anspruch ihren Kindern zustehe, als deren Vormünderin sie um die pupillarische Ermächtigung zur Klageanstrengung eingeschritten sei; diese Ermächtigung sei ihr versagt worden. Uebrigens seien die aus der ehelichen Verbindung entspringenden Rechte und Pflichten erloschen, daher Klägerin auch persönlich kein Recht zur Klage habe.

Die I. J. gab dem Klagebegehren statt.

Gründe:

Den aufgenommenen Zeugenaussagen zufolge habe der Verstorbene in seiner letzten Krankheit wiederholt geäussert, neben seinen Kindern in der Gruft b begraben zu werden, und habe der Bezirkshauptmann von L. nur mündlich den Abgesandten beider Streittheile gegenüber den Ausspruch gefällt, dass der Verstorbene in der Gruft a beigesetzt werde.

Aus dem ABG sei allerdings ein Klagerecht, wie das geltend gemachte, nicht geradezu zu entnehmen. Allein das Naturrecht gebe einen Fingerzeig zur E. dieses Rechtsstreites. Durch seine eheliche Verbindung mit der Klägerin sei nämlich der Verstorbene aus jeder Verbindung mit seiner bisherigen Familie herausgetreten; er sei in das Haus des Z. gezogen und habe mit dessen Tochter, der Klägerin, eine neue Familie gegründet, in welcher er des Vortheils theilhaftig wurde, seine Anordnungen von Seite der Gattin oder durch ihre Vermittlung befolgt zu sehen (§§ 44, 91, 92 ABG). Diese seine Verbindung war bestimmt, unlöslich zu bleiben, und er hatte ein Recht erlangt, dass seine Verfügungen auch nach seinem Tode befolgt werden. Auch aus den Bestimmungen der §§ 549 ABG und 46 des Abh.-Pat., sei zu entnehmen, dass den nächsten Angehörigen, also zunächst der Witwe, die Pflicht, aber auch das Recht beiwohne, für die Beerdigung des Verstorbenen zu sorgen. Es sei unbestritten, dass die Familie Z. eine Gruft besass, welche nach dem Tode des Johann P. von dessen Witwe erworben wurde; das im § 549 ABG ausdrücklich bezogene Gewohnheitsrecht bringe es mit sich, dass die Leiche des P. in dieser

Gruft beigesetzt werde, umsomehr, als dies seinen letzten Willensäusserungen entsprechend gewesen wäre. Durch die politischen Verordnungen über Begräbnisstellen werden Privatrechte nicht berührt. Das Klagerecht geltend zu machen, stand der Wittwe, als der nächsten Angehörigen des Verstorbenen, nach natürlichen und positiven Rechten unzweifelhaft zu. Der Ausspruch des Bezirkshauptmannes sei von keiner Wichtigkeit, weil eine Gefahr für die öffentliche Gesundheit nicht im Spiele war; auch als Schiedsspruch gelte er nicht, weil er nicht in Schrift gesetzt wurde.

Vom OLG wurde dieses U. in Folge der Appellation des Beklagten abgeändert und das Klagebegehren abgewiesen, mit folgender

Begründung:

Kläger stützen ihr Begehren erstlich darauf, dass der verstorbene Johann P. wiederholt seinen Willen zu erkennen gegeben habe, neben seinen Kindern begraben zu werden, und indem sie weiters behaupten, dass die laut §§ 91, 92 ABG dem Ehegatten obliegende Verpflichtung des gegenseitigen Beistandes sich auch auf die für den Ueberlebenden obwaltende Sorge für das Begräbniss des Vorversterbenden erstrecke. Es muss jedoch erwogen werden, dass der letzte Wille eines Verstorbenen vom Gerichte nur dann berücksichtigt werden könne, wenn er in den vom Gesetze gewollten Formen ausgedrückt wird, und der einfache Wunsch, welchen Johann P. geäussert haben soll, kann nicht als eine letzte Willenserklärung angesehen werden.

Bezüglich des zweiten Stützpunktes kommt zu erwägen, dass, wollte man den ehelichen, pflichtmässigen wechselseitigen Beistand auch auf das Begräbniss ausdehnen, die hierauf zielende Verpflichtung nicht mehr besteht, da bereits hiefür gesorgt worden war. Aber wie lebhaft auch die Gattin sich verpflichtet fühlen konnte, dass der Leichnam ihres Mannes in jener Gruft begraben werde, wo ihre Kinder begraben sind, und wo sie selbst einstens zu ruhen gedenkt, so kann sie doch nicht den Beistand des Richters anrufen, damit er sie ermächtige, diesen frommen Wunsch in Erfüllung zu bringen und zu diesem Zwecke in die Rechtssphäre eines Dritten einzugreifen. Neigungen des Herzens und religiöse Gefühle bilden noch keinen Grund, um daraufhin ein Recht zu erwerben, noch können sie die Grundlage ablegen, Andere gegen uns zu verpflichten. Um Jemanden vor Gericht belangen zu können, ist es nothwendig, dass eine Forderung vorliege, und Voraussetzung einer jeden Forderung ist ein Recht. Der von der heutigen Klägerin erhobene Anspruch kann jedoch als Recht nicht geltend gemacht werden, denn mit dem Tode hört jede Verbindung, soweit sie auf persönlichen Rechten und Pflichten beruht, auf (§ 1448 ABG). Der Vorzug, welchen die Vereinigung zwischen Ehegatten dem Verhältnisse zwischen Vater und Sohn gegenüber vielleicht verdient, kann nicht

zu dem Zwecke in Berücksichtigung gezogen werden, um eine Gestattung zu erzwingen, wozu der Klägerin weder aus dem Gesetze, noch aus irgend einem Vertragsverhältnisse ein Recht entsprang. Dieselbe kann ferner auch nicht als ermächtigt gelten, die beanspruchte Gestattung als Ersatz eines durch eine willkürliche Handlung verursachten Schadens einzuklagen, da sie selbst gesteht, dass die Bestattung des Johann P. in der Gruft des P. in Folge Verfügung des Bezirkshauptmannes von L. vollzogen wurde und diese Verfügung nicht als ein Schiedsspruch angesehen werden muss, sondern als eine Anordnung, zu welcher der Chef der politischen Behörde kraft der ihm nach dem Gesetze vom 3. April 1870, RGB Nr. 68, obliegenden Aufsicht über die Leichenbegängnisse und Grabstätten berufen war. Die §§ 548 und 549 ABG behandeln nur die Frage der Tragung der Begräbnisskosten, und der § 7 ABG ermächtigt wohl den Richter, auf die Gesetzesanalogie und auf die natürlichen Rechtsgrundsätze, nicht aber auf rein imaginäre, sogenannte natürliche Rechte Rücksicht zu nehmen.

Der OGH hat unter Verwerfung der unbegündeten Revisionsbeschwerde der Klägerin das obergerichtliche U., abgesehen von den im Wesentlichen zutreffenden obergerichtlichen Entscheidungsgründen, hauptsächlich aus dem Grunde als gerechtfertigt erklärt, weil die Klägerin nicht Erbin ihres verstorbenen Gatten ist, ihr daher jedwede Berechtigung zur Geltendmachung von Ansprüchen mangelt, die nur den rechtmässigen Erben ihres verstorbenen Gatten zustehen könnten.

2981.

Termin zur rechtswirksamen Kündigung eines Bestandvertrages im Falle des § 2, lit. c, der kaiserlichen Verordnung vom 16. November 1858, RGB Nr. 213.

E. v. 21. December 1892, Z. 14881. — (JMB 868 ex 93, Seite 28.)

Der Kläger stützt sein Begehren auf Rückerlag der Wohnungskündigung rücksichtlich der von ihm im Hause des Geklagten in Miethe gehabten Wohnung darauf, dass er diese Wohnung schon vor dem Monate August 1892 in Miethe hatte, dass Geklagter obiges Haus anfangs August 1892 käuflich erworben habe und dadurch, dass er von dem ihm nach § 1120 ABG zustehenden Kündigungsrechte keinen Gebrauch gemacht habe, zu erkennen gab, dass er das frühere Miethverhältniss fortbestehen lassen wollte; dass der Miethvertrag zwischen ihm und dem Geklagten durch Annahme des Miethzinses, welchen Kläger anfangs August 1892 im vorhinein für den ganzen Monat August erlegte, bis 31. August 1892 geschlossen wurde, und dass daher Geklagter, um der stillschweigenden Vertragserneuerung am 1. September 1892 vorzubeugen, den Miethvertrag gemäss § 2 der kaiserlichen Verordnung vom 16. November 1858,

RGB Nr. 213, wenigstens 14 Tage vor Ablauf der Vertragszeit, sonach wenigstens 14 Tage vor dem 31. August 1892, hätte kündigen sollen, weshalb die erst am 24. August 1892 intimirte Kündigung als verspätet erscheint.

Das Klagebegehren wurde in I. J. abgewiesen, denn daraus, dass Geklagter es unterlassen hat, von dem ihm nach § 1120 ABG zustehenden Kündigungsrechte Gebrauch zu machen, könne keineswegs gefolgert werden, dass Geklagter in das zwischen dem Kläger und dem früheren Bestandgeber bestandene Miethverhätniss eintreten wollte, es sei vielmehr das Rechtsverhältniss zwischen den beiden Streittheilen mit Rücksicht darauf, dass nach dem Gesetze im Falle der Veräusserung des Miethobjectes Rechte und Pflichten des Bestandgebers nicht auf den neuen Erwerber übergehen, als ein neues, von dem früheren Miethvertrage unabhängiges anzusehen und lediglich nach den zwischen denselben ausdrücklich oder stillschweigend getroffenen Vereinbarungen zu beurtheilen. Aus der Annahme des von Seite des Klägers im vorhinein gezahlten Miethzinses für den Monat August könne jedoch nicht gefolgert werden, dass der Miethvertrag stillschweigend nur auf einen Monat, d. i. bis 31. August 1892, geschlossen wurde. Die Dauer des Miethvertrages sei daher vorliegend weder ausdrücklich, noch stillschweigend bestimmt, und da auch in Ansehung der Kündigungsfrist eine Vereinbarung zwischen den Streittheilen nicht getroffen war, so habe die gesetzliche Frist zu gelten, welche bei Miethverträgen von unbestimmter Dauer für unbewegliche Sachen nach § 1116 ABG vierzehn Tage beträgt. Die von Seite des Geklagten am 22. August 1892 aus dem Titel des Gesetzes erfolgte Kündigung der vom Kläger gemietheten Wohnung zur Räumung binnen 14 Tagen sei daher gesetzlich gerechtfertigt.

Ueber Appellation des Klägers hat das OLG dem Klagebegehren stattgegeben, und fand der OGH das oberlandesgerichtliche U. zu bestätigen aus nachstehenden

Gründen:

Die Beurtheilung der Rechtmässigkeit der Wohnungskündigung des Geklagten hat nur auf den durch den Inhalt derselben gegebenen Grundlagen zu erfolgen. Hiernach hatte der Kläger von dem Geklagten im Hause des letzteren eine Wohnung monatlich in Miethe und erfolgt die Kündigung auf Grundlage des Gesetzes. Die Einredevorbringung, dass Geklagter das Haus gekauft und im Sinne des § 1120 ABG seine Rechte wahrgenommen hat, muss daher ohne Beachtung bleiben, zumal Geklagter festgestelltermassen durch Annahme des Augustzinses ohne Inanspruchnahme des dem neuen Käufer zustehenden Rechtes seinen Willen, den Miethvertrag fortzusetzen, unzweifelhaft bekundet hat. Will er einer stillschweigenden Erneuerung vorbeugen, so hat er sich nach Vorschrift des

§ 2 der kaiserlichen Verordnung vom 16. November 1858, RGB Nr. 213, zu benehmen, demnach, da ein besonderes Uebereinkommen in Bezug auf die Kündigung nicht vorliegt und die Miethe vertragsmässig ein Jahr nicht erreicht, wenigstens 14 Tage früher zu kündigen, als der Bestandgegenstand übergeben werden soll. Diese Uebergabe hatte aber vorliegend, abgesehen von einer Erneuerung des Bestandverhältnisses, mit 31. August 1892 zu erfolgen. Nachdem nun die Kündigung erst am 22. August erfolgt ist, war sie in der That verspätet.

2982.

Zur E. über die Klage auf Anerkennung der Erlöschung einer mit dem executiven Pfandrechte auf Immobilien versicherten Forderung sowie auf Ausstellung einer löschungsfähigen Quittung ist sowohl die Real- als auch die Personalinstanz electiv competent.

E. v. 28. December 1892, Z. 15041. — (GH 14 ex 93, Seite 122.)

I. BG Neubydžow.
II. OLG Prag.

J. B. belangte die Firma D. L. bei der Realinstanz auf Anerkennung der Bezahlung und Erlöschung der der Letzteren gegen den Kläger zustehenden, ob dessen Grundstücken in mehreren Grundbuchseinlagen mit dem executiven Pfandrechte und der executiven Sequestration sichergestellten Kaufpreisforderung per 218·21 fl. c. s. c., ferner auf Anerkennung der Erlöschung des für diese Forderung erworbenen executiven Pfandrechtes und der executiven Sequestration und begehrte von der geklagten Firma die Ausstellung und Uebergabe einer löschungsfähigen Quittung, eventuell die Löschung des Pfandrechtes und der Sequestration auf Grund des über diese Klage ergehenden U.

Gegen diese Klage erhob die geklagte Firma die Einwendung der Incompetenz, welche sie damit begründete, dass hier im Wesen eine Klage auf Ausstellung einer löschungsfähigen Quittung, somit eine auf Erfüllung einer persönlichen, der Geklagten obliegenden Leistung gerichtete Klage vorliege, und dass, abgesehen davon, das Wesen der ursprünglichen Forderung als Kaufpreisforderung dadurch, dass für die Letztere das Pfandrecht beziehungsweise die Sequestration im Executionswege erworben wurde, nicht berührt erscheine, somit die Klage kein dingliches Recht zum Gegenstande habe, und dass endlich bei dem Umstande, als eigentlich lediglich eine Aufhebung der Execution durch die dem U. nachgefolgte Bezahlung angestrebt werde, nach § 71 JN das den ersten Executionsgrad bewilligende Gericht, daher das HG, forum necessarium sei.

Die I. J. hat der Incompetenzeinwendung stattgegeben und die Klage abgewiesen.

Gründe:

Nach Inhalt der Klage begehrt der Kläger von der Geklagten die Ausstellung einer löschungsfähigen Quittung über die Forderung der Letzteren per 218·21 fl. c. s. c., für welche zu Handen der Geklagten, auf Grund des U. des HG in Prag vom 9. März 1891, ob den klägerischen Grundstücken das executive Pfandrecht und die executive Sequestration haftet, und begründet sein Begehren damit, dass er durch seinen Rechtsfreund diese Forderung zur Gänze berichtigt habe, somit diese und mit ihr das für sie erworbene executive Pfandrecht sammt der executiven Sequestration erloschen sei.

Nach diesem historischen Fundamente ist diese Klage nach ihrem ganzen Wesen eine Klage auf Ausstellung einer löschungsfähigen Quittung rücksichtlich der Forderung der geklagten Firma D. L. per 218·21 fl. c. s. c., und es liegt ihr ein Anspruch zu Grunde, den Kläger nach seiner eigenen Angabe aus dem § 1426 ABG, daher aus einem obligatorischen Rechte ableitet.

Nachdem die Klage daher kein dingliches Recht ausschliesslich zum Gegenstand hat, vielmehr vor Allem darauf gerichtet ist, die Geklagte zur Erfüllung der ihr gesetzlich obliegenden Verbindlichkeit, d. i. zur Ausstellung einer löschungsfähigen Quittung zu verhalten, stellt sich dieselbe keineswegs als dingliche Klage im Sinne der §§ 52 und 56 JN, sondern als Klage aus einem persönlichen Rechte dar und hätte nach Vorschrift des § 13 JN bei jenem Gerichte überreicht werden sollen, in dessen Sprengel die Geklagte ihren o. Wohnsitz hat, nicht aber beim Realgerichte, das zur E. des vorliegenden Strittes unzuständig erscheint.

Ueber Appellation des Klägers hat die II. J. diese E. abgeändert, die Incompetenzeinwendung der geklagten Firma abgewiesen und dem BG aufgetragen, nach Rechtskraft dieses U. in der Sache selbst zu entscheiden.

Gründe:

Wenn auch der Kläger in der Klage die E. begehrt, es sei die geklagte Firma schuldig zu erkennen, ihm eine löschungsfähige Quittung auszustellen, und wenn auch den Gegenstand der Klage die Erfüllung einer persönlichen Verbindlichkeit bildet, so darf doch nicht übersehen werden, dass nach Inhalt des Klagspetites der Kläger die geklagte Firma vor Allem darauf belangt, sie sei schuldig anzuerkennen, dass ihre ob den Grundstücken desselben sichergestellte Forderung und das für diese erworbene Pfandrecht vollständig erloschen sei, und dass für den Fall, als die geklagte Firma die Quittung — auf deren Ausstellung gleichfalls geklagt wird — nicht ausstellen sollte, dieses Pfandrecht auf Grund des über die Klage ergehenden U. aus den öffentlichen Büchern gelöscht werden solle.

Gegenstand der Klage ist daher vor Allem die Erlöschung des Pfandrechtes, daher ein dingliches Recht, und damit erscheint die Competenz der Realinstanz nach § 52 JN begründet.

Dass mit diesem Begehren das Begehren um Erfüllung einer persönlichen Verpflichtung concurrirt, schliesst die Competenz des Realgerichtsstandes nicht aus, und dies umsoweniger, als das Verlangen der Ausstellung einer löschungsfähigen Quittung nicht der eigentliche und unmittelbare Gegenstand der Klage ist, vielmehr lediglich eine Consequenz der durch die Bezahlung erfolgten Erlöschung des Pfandrechtes. Aus der Cumulirung beider Gegenstände in einer Klage folgt, dass nach dem Gesetze beide Gerichte — sowohl das Realgericht als auch das Personalgericht — über die Klage zu entscheiden competent sind.

Wenn daher die Klage bei dem Realgerichte überreicht worden ist, so kann aus den obigen Erwägungen die Incompetenzeinwendung nicht als gegründet angesehen werden, nachdem — wie erwähnt — das Begehren um Ausstellung einer Quittung lediglich als Consequenz des ersten Theiles der Klagsschlussbitte sich darstellt und mit diesem untrennbar verbunden ist, womit die Competenz des Realgerichtes keineswegs ausgeschlossen erscheint. Darum musste über Appellation des Klägers das erstrichterliche U. abgeändert, die Incompetenzeinwendung abgewiesen und der I. J. aufgetragen werden, nach Rechtskraft dieser E. in die E. in der Hauptsache einzugehen.

Ueber Revision der Geklagten hat der OGH das U. des OLG aus der demselben beigegebenen, im Wesen entsprechenden Begründung und in der Erwägung zu bestätigen befunden, dass eine E. im Sinne des § 71 kais. Patent vom 20. November 1852, RGB Nr. 251, dass das Executionsrecht erloschen sei, den Gegenstand der Klage nicht bildet, dass demnach die Einwendung des nicht gehörigen Gerichtsstandes auch in dieser Beziehung der erforderlichen Voraussetzung entbehrt.

2983.

Zulässigkeit der Executionsführung bezüglich der im Besitzstörungsverfahren zugesprochenen Gerichtskosten nach Ablauf des Zahlungstermines, wenn gegen den Endbescheid auch ein Rechtsmittel ergriffen wurde.

E. v. 29. December 1892, Z. 13775. — (GH 15 ex 93, Seite 128.)

I. st.-del. BG Iglau.
II. OLG Brünn.

Die I. J. hat auf Grund des in dem Besitzstörungsstreite des A gegen B ergangenen Endbescheides dem A über sein Ansuchen de präs. 11. Juli 1892, zur Hereinbringung der Processkosten per 44·67 fl. die Einverleibung

des executiven Pfandrechtes auf die dem B gehörige Realitätenhälfte Nr.-C. 21 in K. und die executive Sequestration dieses Reales bewilligt.

Dem Recurse des B hat das OLG stattgegeben und den angefochtenen B. dahin abgeändert, dass das Executionsbegehren des A abgewiesen und die auf Grund desselben vollzogene Execution für rechtsunwirksam erklärt werde; in der Erwägung, dass der Endbescheid zur Zeit der Einbringung des Executionsgesuches noch nicht rechtskräftig war, demnach der Kläger zu dem Executionsbegehren nicht berechtigt gewesen ist, zumal die sofortige Executionsfähigkeit der in Besitzstörungsstreitigkeiten ergangenen E. des Erstgerichtes mit Rücksicht auf die Eigenthümlichkeit der eine besondere Beschleunigung erheischenden Besitzstörungsstreitigkeiten nur auf den im zweiten Absatze des § 15 der kais. Vdg. vom 27. October 1849, RGB Nr. 12, erwähnten Theil der E., nicht aber auch auf den Spruch über die Gerichtskosten, bezüglich dessen die Rücksicht auf eine besondere Beschleunigung entfällt, bezogen werden kann.

Dem Revisionsrecurse des A hat der OGH stattzugeben und den erstrichterlichen B. wieder herzustellen befunden; in der Erwägung, dass der Endbescheid, mit welchem unter Anderem auch dem Belangten die Zahlung der Gerichtskosten per 44·67 fl. binnen 14 Tagen an den Kläger aufgetragen worden war, am 25. Juni 1892 dem Belangten zugestellt wurde, sonach einerseits die Recursfrist des § 17 der kais. Vdg. vom 27. October 1849, RGB Nr. 12, mit Rücksicht auf § 5 der Proc.-Nov. am 4. Juli 1892 und andererseits die vierzehntägige Zahlungsfrist am 9. Juli 1892 abgelaufen ist; in der Erwägung, dass mit Rücksicht auf §§ 298 und 301 AGO der obsiegende Kläger berechtigt war, im Grunde des formell rechtskräftig gewordenen Endbescheides im Gesuche de praes. 11. Juli 1892 zur Hereinbringung der ihm zugesprochenen Gerichtskosten die Execution gegen den säumigen Schuldner anzusuchen; in der Erwägung, dass diesem erworbenen Executionsrechte des Klägers der Umstand nicht abträglich sein kann, dass der erste Richter den Recurs des Belangten gegen den Endbescheid als rechtzeitig eingebracht dem oberen Richter zur E. vorgelegt, dass A gegen diesen B. nicht recurrirt und der obere Richter über den Recurs meritorisch entschieden hat, weil der § 17 der kais. Vdg. vom 27. October 1849, RGB Nr. 12, ausnahmslos bestimmt, dass ein nach Verlauf der Frist eingebrachter Recurs gegen den Endbescheid von Amtswegen zu verwerfen ist.

2984.

Staatsbeamte sind von der Ablegung des im Gesetze vom 16. März 1884, RGB Nr. 35, normirten Eides nicht befreit.

E. v. 29. December 1892, Z. 14971. — (GH 18 ex 93, Seite 156.)

I. st.-del. BG Wien, innere Stadt II.
II. OLG Wien.

In der Rechtssache der Firma A in Wien gegen den Steueramts-Adjunkten B in Lemberg peto. 70 fl. hat die I. J. über das Gesuch der Firma A gegen B das Verfahren gemäss § 3 des Gesetzes vom 16. März 1884, RGB Nr. 35, eingeleitet und um Anordnung der Tagfahrt zur vorherigen Einvernahme des B im Sinne der obigen Gesetzesstelle das BG Lemberg ersucht.

Dem Recurse des B hat die II. J. stattgegeben und den recurrirten B. dahin abgeändert, dass das obige Gesuch der Firma A abgewiesen wird, weil, wie auch in der ämtlich veröffentlichen oberstgerichtlichen E. vom 9. März 1887, Z. 1724, (Nowak, Sammlung III. 26) ausgesprochen wurde, die Bestimmungen des die Staatsbeamten von der Schuldhaft befreienden kais. Pat. vom 27. October 1798, JGS Nr. 436, durch die §§ 3 und 4 des Gesetzes vom 16. März 1884, RGB Nr. 35, nicht behoben wurden, und weil daher das Verfahren nach diesen letztbezogenen Gesetzesstellen im vorliegenden Falle unanwendbar erscheint.

Dem Revisionsrecurse der Firma A hat der OGH stattzugeben, und den erstrichterlichen B. wieder herzustellen befunden, wobei erwogen wurde, dass gegen die angeordnete Einvernehmung ein Anstand nicht erhoben werden kann, da kein Gesetz besteht, durch welches Staatsbeamte von der Ablegung des in dem Gesetze vom 16. März 1884, RGB Nr. 35, normirten Eides befreit würden, dass aber auch das Patent vom 25. October 1798, JGS Nr. 436, dem gestellten Begehren nicht entgegensteht, vielmehr die im Gesetze vom 16. März 1884, RGB Nr. 35, vorgesehene Haft nicht als eine Art der Executionsführung, sondern nur als gesetzliche Sanction des gerichtlichen Auftrages zur eidlichen Vermögensangabe einzutreten hat.

2985.

Eine Beschwerdeführung über das Ergebniss der Justizprüfung ist nicht statthaft.

E. v. 29. December 1892, Z. 14699. — (GH 37 ex 93, Seite 319.)

Das Ergebniss der von dem Advocaturs-Candidaten X abgelegten Justizprüfung wurde vom OLG für nicht genügend erkannt.

Der dagegen eingebrachte Recurs wurde vom OGH als unstatthaft verworfen, weil in keinem Gesetze die Zulässigkeit eines Rechtsmittels,

insbesondere des Resurses gegen ein über das Ergebniss einer Advocatenprüfung gemäss § 3 der JMV vom 11. October 1854, RGB Nr. 264, respective nach § 15 der kais. Vdg. vom 10. October 1854, RGB Nr. 263, auszufertigendes Zeugniss ausgesprochen erscheint und auf die Zulässigkeit eines solchen Rechtsmittels auch aus dem Geiste der bezogenen Gesetze umsoweniger mit Berechtigung gefolgert werden kann, wenn erwogen wird, dass nach § 3 der citirten JMV, respective nach § 14 der kais. Vdg. vom 10. October 1854, RGB Nr. 263, das auszufertigende Zeugniss sich auch auf den mündlichen Vortrag eines der Prüfungscommissäre über das Gesammtergebniss der Prüfung und über den an den Tag gelegten Scharfsinn des Candidaten, dessen Gewandtheit in der Anwendung der Gesetze, dessen Auffassung u. s. w. zu stützen hat, dies Alles aber eine Grundlage ist, welche die höhere Instanz zu beurtheilen gar nicht in die Lage kommt und demzufolge hier, mit Hintansetzung der fundamentalen Grundsätze eines Rechtsmittelverfahrens, hätte entscheiden müssen.

Nachträge.

2986.

Der beim HG zu protocollirende Beschluss der Generalversammlung einer Actiengesellschaft bedarf nur dann einer gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, wenn er die Fortsetzung der Gesellschaft oder die Abänderung der Bestimmungen des gesetzlichen Vertrages zum Gegenstande hat.

E. v. 18. September 1888, Z. 10323. — (GH 44 ex 93, Seite 375.)

Die registrirte Actiengesellschaft N. in L. meldete auf Grund eines nicht in beglaubigter Form beigebrachten Sitzungsprotocolles der Generalversammlung die Wiederwahl ihrer zwei gewählten Directoren zur Eintragung in das Handelsregister an. Die I. J. hat dieses Gesuch mit Berufung auf die oben citirten zwei Paragraphe zurückgewiesen und das OLG diesen B. im Recurswege bestätigt.

Gründe:

In Erwägung, dass sich der § 10 des Einführungsgesetzes zum HGB zwar nur auf die Anmeldungsgesuche bezieht, das vorliegende Gesuch aber dieser Vorschrift entspricht; in der Erwägung, dass jedoch nach § 22 der Min.-Vdg. vom 9. März 1863, RGB Nr. 27, die Echtheit der zum Behufe der erforderlichen Nachweisung beigebrachten Privaturkunden durch gerichtliche oder notarielle Beglaubigung verbürgt sein muss, welcher Vorschrift durch die Beibringung notariell vidimirter Abschriften der diesfälligen Originalurkunden keineswegs Genüge geleistet wird; in Erwägung endlich, dass auch die Legalität des Wahlactes selbst, auf Grund dessen die Eintragung in das Handelsregister erfolgen soll, dargethan sein muss, was hier nicht der Fall ist, indem der Wahlact weder im Sinne des § 87 der NO vom 25. Juni 1871, RGB Nr. 75, notariell noch gerichtlich beurkundet ist.

Der OGH hat im a. o. Revisionswege in Abänderung der Decrete der beiden unteren J. in Erwägung, dass nach Art. 214 HGB der

Beschluss einer Generalversammlung nur dann einer gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedarf, wenn er die Fortsetzung der Gesellschaft oder Abänderung der Bestimmungen des gesetzlichen Vertrages zum Gegenstande hat, was hier nicht der Fall ist, in Erwägung, dass der § 87 der NO nur die Form vorschreibt, wie Beschlüsse von Generalversammlungen zu beurkunden sind, dass jedoch die Frage, wann eine solche Beurkundung nothwendig ist, durch das Handelsgesetz und insbesondere durch den Art. 214 desselben gelöst wird; in Erwägung, dass die Beibringung einer notariell legalisirten Abschrift der Sitzungsprotocolle der Generalversammlung den Vorschriften des Handelsgesetzes und des § 22 der Min.-Vdg. vom 9. März 1863 genügt, dem a. o. Revisionsrecurse stattzugeben und dem Handelsgerichte die begehrte Eintragung aufzutragen befunden.

2987.

Der Beschluss der Generalversammlung betreff Aenderung der Statuten ist wider die Actionäre auch dann giltig, wenn diese Aenderung nicht in's Handelsregister eingetragen wurde.

E. v. 31. Mai 1889, Z. 4884. — (Práv. XIX ex 92, Seite 667.)

I. KG Jičín.
II. OLG Prag.

Die Klage des Actionärs A wider die Rübenzuckerfabriks-Actiengesellschaft B peto. Rückzahlung eines Baarvorschusses per 1500 fl. s. N.-G. hat die I. J. als verfrüht dermalen abgewiesen, aus folgenden, den Sachverhalt einschliessenden

Gründen:

A ist Eigenthümer von 10 Actien der Gesellschaft B, welche auf seinen Namen lauten, und als Actionär kraft § 11 der in's Handelsregister eingetragenen Statuten ddto. 31. März 1870 verpflichtet, alljährlich eine bestimmte Menge Zuckerrüben an diese Fabrik abzuliefern, wogegen laut § 12 derselben Statuten jeder Actionär berechtigt war, die auf seine Anzahl Actien entfallende Rübe durch die Fabriksdirection gemäss § 11 ibid. verkaufen zu lassen, wenn er bei derselben 30 Percent des letzten Rübenpreises als Angeld erlegt und den Rest am 1. September des betreffenden Jahres nachzahlt. Mittelst Umlaufschreibens ddto. 30. Jänner 1872 zeigte der Verwaltungsrath der B den Actionären an, dass diejenigen, welche auf die Actienrübe einen Vorschuss von wenigstens 150 fl. per Actie erlegen werden, von den ersten 60 fl. dieses Vorschusses im Vorhinein 5 Percent und von dem Reste per 90 fl. 7 Percent Interessen werden gutgeschrieben und die Erleger nicht mehr gehalten sein werden, weder um die Lieferung der Actienrübe, noch um deren Ankauf seitens der

Direction sich zu bekümmern. Im Grunde dieser Aufforderung erlegte A am 1. Juli 1872 einen seitens des Cassiers der B auf den betreffenden Actien quittirten Baarvorschuss per 1500 fl., eröffnete jedoch anfangs des Jahres 1887 der Direction, dass er die auf seine Actien entfallende Rübenmenge nunmehr in natura abliefern werde und ersucht mittelst Schreibens ddto. 10. Februar 1887 den Verwaltungsrath um Rückstellung dieses Vorschusses, welche dieser verweigerte, worauf A zur Klage schritt. B wendet ein, dass die belangte Gesellschaft am 28. Juli 1878 eine Generalversammlung abhielt, bei welcher die neuen, von der Statthalterei und dem Ministerium des Innern genehmigten Statuten angenommen wurden, laut deren § 12 jeder Actionär die auf seine Actien entfallende Rübenmenge durch den Verwaltungsrath ankaufen lassen kann, wenn er entweder 1) der Actiengesellschaft ein in halbjährigen Anticipativraten verzinsliches unaufkündbares Darlehen von 150 fl. per Actie zuwendet, oder aber 2) nach erstatteter Anzeige im Monate Jänner 30 Percent des letzten Rübenpreises als Angeld, und den Rest am 1. September d. J. erlegt. Diese neuen Statuten seien am 3. August 1878 in's Handelsregister eingetragen worden, und da laut derselben die Dauer der Actiengesellschaft bis Ende Juli 1890 normirt wurde, so sei A vor diesem Zeitpunkte nicht in der Lage, die Rückstellung des in Rede stehenden Vorschusses zu begehren. Hierüber bemerkt A, dass er den Vorschuss nicht auf Grund der Statuten vom 27. Juli 1878, sondern des Umlaufschreibens vom 30. Jänner 1872 erlegt habe, und dass ferner laut § 33 der Statuten vom 31. März 1870 der Beschluss der Generalversammlung nur im Falle schriftlicher Abstimmung rechtsgiltig ist, bei der Generalversammlung vom 28. Juli 1878 aber laut des notariellen Protocolls hierüber nur mittelst Erhebung der Hände abgestimmt wurde, mithin die Statuten vom 28. Juli 1878 zur Gänze nicht rechtsverbindlich sind. Allein die Abstimmung bei der Generalversammlung vom 28. Juli 1878 erfolgte nicht auf Grund der Statuten vom 31. März 1870, sondern auf Grund der vom Ministerium genehmigten Statuten ddto. 6. August 1871, die allerdings nicht in das Handelsregister eingetragen wurden. Es ist aber zur Giltigkeit des Beschlusses einer Generalversammlung, kraft dessen die Statuten geändert werden, nur die gerichtliche oder notarielle Beglaubigung und staatliche Genehmigung, aber nicht die Eintragung der Aenderungen in das Handelsregister erforderlich. Die letztere Eintragung ist nur nothwendig, wenn die Statuten gegenüber dritten Personen Giltigkeit haben sollen, während es im vorliegenden Falle sich lediglich um das interne Verhältniss der Actionäre zur Gesellschaft handelt. Wenn übrigens A sich darauf beruft, dass der § 12 der Statuten unverständlich sei, so ist entgegenzuhalten, dass er in der deutschen Originalquelle (Ministerialerlass) völlig correct und deutlich lautet, die gerügten Fehler sich aber nur in der bei der Bezirkshauptmannschaft hergestellten Uebersetzung eingeschlichen haben. Endlich ist

der Einwurf der A, dass die eventuelle Unkündbarkeit des Vorschusses sich nur auf eine einzige Arbeitscampagne, aber nicht auf die ganze Dauer der Gesellschaft erstrecken kann, deshalb nicht zu beachten, weil laut der Zeugenaussagen der Antrag sowohl als der Beschluss über § 12 den Zweck hatten, der Zuckerfabrik durch diese Vorschüsse Geldmittel behufs besseren Betriebes zu verschaffen; dasselbe gilt von dem Einwurfe, dass es sich um einen Commissionsvertrag handelt, weil A als Actionär zur Lieferung der Rübe verpflichtet war und durch Erlegung des Vorschusses behufs Anschaffung der schuldigen Rübe nur den Gesellschaftsvertrag, aber nicht einen besonderen Vertrag in Erfüllung brachte.

Ueber Appellation des A bestätigte die II. J. die appellirte E.

Gründe:

A beruft sich erfolglos auf die Unverständlichkeit des § 12 der Statuten vom 28. Juli 1878 und kann sich auch auf den § 916 ABG mit Wirkung zu seinen Gunsten nicht beziehen; denn in der Generalversammlung vom 28. Juli 1878 haben die Actionäre nicht mit dem Vorsitzenden eine Vereinbarung getroffen, sondern dieser den Actionären eine Aenderung der Statuten vorgetragen, beziehungsweise vorgelegt, über welche die Actionäre beschliessen sollten. Durch die Zustimmung zu diesen Statuten wurde ihr Inhalt als Wille der Actionäre an Tag gelegt, und falls dies ihrerseits in unverständlicher Weise erfolgte, so können sie sich nicht zu ihrem Vortheile darauf berufen, weil die Statuten eine Norm sind, welche die Actionäre sich selbst auferlegen. Dies gilt auch von Jenen, welche an der Generalversammlung nicht theilgenommen haben, denn sie waren in der Lage, in Folge ihrer Antheilnahme auf die dermal gerügte Unverständlichkeit rechtzeitig aufmerksam zu machen. Uebrigens ist durch vollglaubwürdige öffentliche Urkunden dargethan, welcher Sinn diesem § 12 beizulegen sei, und es hat sich nur durch ein Versehen bei der Uebersetzung die gerügte Unverständlichkeit in die Statuten eingeschlichen, deren Beseitigung jedoch der Generalversammlung, wie der Erfolg zeigt, gar nicht als nothwendig erschien. Dass ferner den Actionären und namentlich dem A gut bekannt war, was § 12 der Statuten eigentlich besagen will, geht zur Genüge daraus hervor, dass sie durch das Umlaufschreiben vom 22. Jänner 1873 davon Kenntniss erlangten, was der Ausschuss beschlossen hat. A bestreitet wohl die Existenz dieses Umlaufschreibens und beruft sich lediglich auf jenes vom 30. Jänner 1872, hat aber keineswegs aufgeklärt, auf welche Weise er auf Grund des letzteren von dem ganzen Vorschusse 7 Percent Zinsen bis zum Klagstage hätte erhalten können, während nach demselben bis zu 60 fl. blos 5 Percent Zinsen zu zahlen waren. Für die Zahlung von 7 Percent Interessen vom ganzen Vorschusse hat daher A keinen Rechtsgrund, ja nicht einmal eine Aufklärung überhaupt beigebracht, während die Dar-

stellung der B mit den Thatsachen und den weiteren Vorgängen durchaus im Einklange steht. Darauf, dass die Statutenänderung vom 6. August 1871 nicht in's Handelsregister eingetragen wurde, kann sich der Actionär nicht berufen, weil, obgleich dies der Belangten allerdings oblag, die Actionäre sich auf eine Verabsäumung seitens der Actiengesellschaft zu ihren Gunsten nicht berufen können. Anders verhält es sich gegenüber dritten Personen, denn diese können eine bestimmte und verlässliche Kenntniss über die Verhältnisse der belangten Firma lediglich aus dem im Handelsregister eingetragenen Statuten entnehmen, während die Actionäre von allen Beschlüssen des Verwaltungsausschusses Kenntniss zu erlangen in der Lage sind.

Die a. o. Revision des A verwarf auch der OGH wegen Abganges der Erfordernisse des Hofd. vom 15. Februar 1833, JGS Nr. 2593.*)

2988.

Amtswegige Berücksichtigung und Richtigstellung der irrthümlichen Klagedirigirung gegen eine Verlassenschaft zu Handen einer nicht erbserklärten Person.

E v. 10. October 1889, Z. 16661. — (JB 43 ex 92, Seite 517.)

I. HG Wien.
II. OLG Wien.

Zur Verlassenschaft nach Richard B. hatten sich dessen Kinder Ernst, Anton, Emma und Rosa B. auf Grund des Gesetzes erbserklärt, während seine Witwe Emma B. eine Erbserklärung nicht eingebracht hatte. A, ein Gläubiger des Richard B., meldete nun bei dessen Verlassenschaft seine Darlehensforderung per 29.000 fl. c. s. c. an, und wurde diese Forderung mittelst Eingabe von den erbserklärten Erben als liquid anerkannt. Auf Grund dieser Liquiderklärung brachte sodann A die Executivklage gegen die Verlassenschaft nach Richard B. beziehungsweise die erbserklärten Erben desselben: Frau Emma B., Fräulein Emma und Rosa B. und Herren Ernst und Anton B. ein, und ordnete hierüber die I. J. eine Tagfahrt nach § 298 AGO und Hofd. vom 7. Mai 1839, JGS Nr. 358, an.

Dem gegen diesen B. eingebrachten Recurse der Geklagten wurde seitens der II. J. Folge gegeben und in Abänderung des angefochtenen B. die Klage den Gegnern um die binnen 30 Tagen zu erstattende Einrede mit dem gesetzlichen Anhange peto. der Streitgenossenschaft zuzustellen verordnet, „weil die Klage auch gegen Frau Emma B. gerichtet ist, welche sich weder zur Verlassenschaft nach Richard B. erbserklärt, noch auch

*) Entgegengesetzt die E. des OGH vom 26. Februar 1891, Z. 1642, Nr. 2076 dieser Sammlung.

die eingeklagte Forderung anerkannt hat, bezüglich dieser also für die behauptete Forderung keine Bescheinigung vorliegt und gegen diese die Einleitung des Executivverfahrens nicht gerechtfertigt erscheint, und da über eine Klage gegen alle Geklagte nur ein einheitliches Verfahren eingeleitet werden kann, über dieselbe also das gesetzliche schriftliche Verfahren einzuleiten ist.“

Vor eingetretener Rechtskraft dieser obergerichtlichen E. zog sohin der Kläger A seine gegen Frau Emma B. eingebrachte Executivklage zurück und brachte gegen diese E. den Revisionsrecurs ein, in welchem Folgendes ausgeführt wurde: Kläger habe mit seiner Executivklage die Verlassenschaft nach Richard B, beziehungsweise die erbserklärten Erben desselben auf Solidarzahlung des Betrages per 29.000 fl. aus dem Nachlasse nach Richard B. belangt und um Einleitung des Executivverfahrens auf Grund der von den erbserklärten Erben abgegebenen Liquiderklärung seiner Forderung gebeten.

Irrthümlicherweise sei auch Frau Emma B. in Folge Namensgleichheit mit ihrer Tochter geklagt worden, und auch das Erstgericht scheine in demselben Irrthum befangen gewesen zu sein, da es die Klage auch gegen die nicht erbserklärte Witwe Emma B. aufrecht erledigt und gegen dieselbe überhaupt ein Verfahren eingeleitet habe. Sache des Erstgerichtes wäre es gewesen, mit Rücksicht darauf, als die Verlassenschaft nach Richard B., beziehungsweise die erbserklärten Erben desselben, geklagt wurden, den Verlassenschaftsact zu prüfen und amtlich zu constatiren, ob die Belangten wirklich die Erbserklärung eingebracht haben, ob alle erbserklärten Erben eingeklagt wurden, ob nicht Minderjährige vorhanden seien etc. und ebenso, ob Kläger nicht eine oder mehrere Personen geklagt habe, die gar nicht erbberechtigt seien oder sich noch nicht erbserklärt haben. Hätte also das Erstgericht nicht übersehen, dass Frau Emma B. eine Erbserklärung gar nicht eingebracht habe, dann hätte dasselbe die Executivklage gegen die erbserklärten Erben aufrecht erledigen, wider die nichterbserklärte Frau Emma B. aber abweislich verbescheiden müssen mit der Begründung, dass gegen dieselbe in Ermanglung der ihrerseits erfolgten Erbserklärung ein gerichtliches Verfahren aus der Klage gegen die Verlassenschaft überhaupt nicht eingeleitet werden könne. Denn nur diejenigen Erben, welche die Erbschaft angenommen haben, stellen in Rücksicht auf dieselbe den Erblasser vor (§ 547 ABG), und es könne daher eine Klage gegen eine Verlassenschaft nach der Ueberreichung von Erbserklärungen nur gegen die erbserklärten Erben gerichtet (Hofd. vom 19. Jänner 1790, JGS Nr. 1094), und nur gegen diese aufrecht erledigt werden, nicht aber auch gegen andere, wenn auch erbberechtigte, jedoch noch nicht erbserklärte Personen. Nachdem somit gegen einen nicht erbserklärten Erben über eine Klage gegen die Verlassenschaft ein gesetzliches Verfahren überhaupt nicht eingeleitet werden dürfe,

so sei auch die seitens der II. J. verordnete Einleitung des schriftlichen Verfahrens gegen die nicht erbserklärte Frau Emma B. und die erbserklärten Geklagten ungesetzlich und unzulässig. Die Einleitung des schriftlichen Verfahrens gegen die Verlassenschaft nach Richard B. wäre nur dann gerechtfertigt, wenn Frau Emma B. sich thatsächlich erbserklärt, die klägerische Forderung aber nicht anerkannt hätte. Dann wären nämlich nur erbserklärte Erben geklagt gewesen, darunter eine Erbin, welche die Klagsforderung nicht anerkannt hätte, gegen die somit das Executivverfahren nicht hätte eingeleitet werden können. In diesem Falle hätte zur Erzielung eines einheitlichen Verfahrens gegen alle Erben nach Richard B. das gesetzliche schriftliche Verfahren eingeleitet werden müssen.

Der OGH hat dem Revisionsrecurse des Klägers stattgegeben und den B. der I. J. mit Rücksicht auf die hinsichtlich der Witwe des Richard B. durch das Zurückziehen der Klage bereits bewirkte Berichtigung wieder hergestellt, „weil sich aus dem Inhalte der Klage zweifellos ergibt, dass nur die Rechtsnachfolger des Richard B. belangt wurden, weil daher die Anführung der Witwe des Erblassers, welche nicht zu dessen Erben gehört, unter den Geklagten sich als ein Irrthum darstellt, welcher von dem Abhandlungsgerichte, bei dem die Klage angebracht wurde, wahrzunehmen gewesen wäre, und welcher seine Berichtigung bereits erfahren hat, und weil es den Geklagten, welche die Richtigkeit der geltend gemachten Darlehensforderung ausdrücklich anerkannt haben, an jedem Vorwande fehlt, die Beweiskraft dieser Anerkennung in Zweifel zu ziehen.

2989.

Ersitzung eines Fahrrechtes durch einen Nutzungseigenthümer gegen einen zweiten Nutzungseigenthümer, beide unter gleichem Obereigenthümer.

E. v. 13. November 1889, Z. 10919. — (GH 46 ex 91, Seite 370.)
I. BG Tetschen.
II. OLG Prag.

A belangte den B auf Aberkennung des angemassten Fahrrechtes über die dem Kläger gehörige Parcelle K. Z. 603 in K. Nach durchgeführtem Zeugenbeweise gab die I. J. der Klage vollinhaltlich statt, und zwar aus den nachstehenden, den Sachverhalt darstellenden

Gründen:

Der Geklagte B hat die Ausübung der Dienstbarkeit des Fahrweges über die klägerische Parcelle K. Z. 603 in K. zum Vortheile seines Grundstückes K. Z. 598 daselbst zugestanden, lediglich die Anmassung dieses Rechtes widersprochen und eingewendet, dass er im Naturalbesitze des vorgenannten Grundstückes K. Z. 598 dieses Recht ersessen habe. Ueber diese Ersitzung wurden die Zeugen einvernommen.

Wenn nun auch auf Grund dieser Zeugenaussagen angenommen werden wollte, dass vom Geklagten und dessen Rechtsvorgänger das Fahren über die Parcelle K. Z. 603 nicht blos aus nachbarlicher Gefälligkeit, sondern als ein Recht in Anspruch genommen und ausgeübt, beziehungsweise von dem Kläger und dessen Rechtsvorgängern geduldet wurde, so könnte doch die Ersitzung dieser Dienstbarkeit nicht als erwiesen angenommen werden, weil es an den rechtlichen Voraussetzungen hiezu in zweifacher Richtung mangelt.

B hat die Grundparcelle K. Z. 598 mit dem Vertrage vom 12. September 1887 von der Gemeinde K. gekauft, woraus folgt, dass bis zu diesem Zeitpunkte die Gemeinde K. Eigenthümerin dieses Grundstückes gewesen ist.

Nun behauptet zwar der Geklagte, dass dieses Grundstück während des zur Ersitzung erforderlichen Zeitraumes in seinem und seiner Rechtsvorgänger Naturalbesitze gewesen und diesfalls das Erbpachtverhältniss des § 1122 ABG bestanden habe.

Allein dieses Rechtsverhältniss ist weder als erwiesen anzunehmen, noch erscheint dasselbe geeignet, als Grundlage zu der von B in Anspruch genommenen Ersitzung zu dienen.

B führt nämlich zur Begründung seiner Behauptung, dass ein Erbpacht vorliege, lediglich den Umstand an, dass in K. seit Menschengedenken fast jedem Hausbesitzer ein Stück Land gegen einen kleinen jährlichen Zins derart zugewiesen wurde, dass dieses Stück Land stets mit dem betreffenden Hause verbunden war und als Zugehör desselben von Vater auf Sohn ohne weiteren Vertrag überging, und dass dieses Rechtsverhältniss auch bezüglich der Parcelle K. Z. 598 bestand.

Nachdem nun die in dem § 1122 ff. ABG normirten Rechtsverhältnisse im Hinblicke auf die Grundentlastungsgesetze ihre praktische Bedeutung für die Gegenwart überhaupt verloren haben, musste vor Allem gefordert werden, dass der Geklagte die rechtlichen Voraussetzungen, dass seinerzeit ein Erbpacht bestanden habe, bestimmt nachweise, d. h. er müsste den Nachweis erbringen, dass die wesentlichen Bestandtheile des Erbpachtvertrages a) Ueberlassung des Nutzungseigenthumes, b) Erblichkeit desselben, c) Unveränderlichkeit des Zinses vorhanden sind.

Alle diese Umstände sind nicht nur nicht erwiesen, sondern es hat der Zeuge F. W., Gemeindevorsteher in K., ausdrücklich bestätigt, dass der Zins von den fraglichen Grundstücken noch im Jahre 1879 verdoppelt wurde; aus diesem Umstande, dann aus der weiteren Thatsache, dass die Gemeinde K. grundbücherlich als Eigenthümerin dieser Parcellen eingetragen war, dass die Theilung des Eigenthums nirgends ersichtlich ist, dass die Gemeinde schliesslich diese Parcellen an die Nutzungsberechtigten verkaufte, folgt, dass kein Erbpachtverhältniss, sondern ein gewöhnlicher Pachtvertrag vorlag, welcher nur dadurch den Anschein eines Erbpachtes

erlangte, dass bei dem Wechsel des Pächters nicht erst ein neuer Vertrag abgeschlossen wurde, sondern eine stillschweigende Verlängerung des Vertragsverhältnisses unter den bisherigen Bedingungen mit dem Nachfolger erfolgte. Die Parcelle 598 war also bis zum Jahre 1887 im Eigenthume der Gemeinde K. und von B. und dessen Vorgängern lediglich gepachtet. Hieraus folgt, dass dieselben nicht im juristischen Besitze des Grundstückes K. Z. 598 gewesen sind und daher eine mit diesem Grundstücke angeblich verbundene Dienstbarkeit nicht im eigenen Namen, sondern nur im Namen des Eigenthümers — also der Gemeinde K. — ausüben konnten.

Dies müsste übrigens auch dann angenommen werden, wenn das Verhältniss zwischen der Gemeinde K. und dem Geklagten, beziehungsweise dessen Rechtsvorgängern als ein Erbpacht aufgefasst werden wollte, denn auch der Erbpächter ist nicht Besitzer der Sache im juristischen Sinne, weil auch ihm der Besitzwille fehlt.

Steht nun fest, dass bis zum Jahre 1887 die Ausübung der fraglichen Dienstbarkeit nur im Namen der Gemeinde K. erfolgen konnte, so ergibt sich, dass eine Ersitzung dieses Rechtes begrifflich unmöglich war, weil auch das angeblich dienende Grundstück, nämlich die Parcelle K. Z. 603 bis zu dem im Jahre 1881 erfolgten Verkaufe an den Kläger A Eigenthum derselben Gemeinde gewesen ist und Niemandem an eigener Sache eine Servitut zustehen kann.

Das Rechtsverhältniss bezüglich dieser Parcelle 603 war ganz dasselbe wie bezüglich des Grundstückes 598, d. h. auch das dienende Grundstück stand im Eigenthume der Gemeinde K. und war verpachtet. Aus diesen Gründen ergibt sich, dass bis zum Jahre 1881 die Dienstbarkeit, deren Ersitzung Geklagter behauptet, nicht bestanden haben kann, weshalb dem auf die §§ 354, 523 ABG gestützten Klagebegehren stattzugeben war.

Der gegen dieses U. ergriffenen Appellationsbeschwerde des A gab die II. J. statt, und zw. aus folgenden

Gründen:

Es ist unzweifelhaft richtig, dass der Eigenthümer auf seiner eigenen Sache für sich keine Servitut erwerben kann.

Waren also die Parcellen 598 und 603 in K. Eigenthum der Gemeinde und waren jene, welche diese Parcellen benutzten, nur Pächter der Gemeinde, so konnten diese allerdings gegen einander eine persönliche Servitut des Fahrens durch Ersitzung erwerben, für die Sache selbst konnten sie eine derartige Dienstbarkeit nicht ersitzen, weil die Sache — das dienstbare und das herrschende Grundstück — einen und denselben Eigenthümer hatte.

Der Erwerb einer persönlichen Dienstbarkeit durch 30jährige Ausübung des Fahrrechtes über die Parcelle 603 in K. ist nicht Gegenstand dieses Strittes.

Hier handelt es sich darum, ob des Klägers A Grundstück Parcelle Nr. 603 in K., welches laut Zugeständniss mit keiner im Grundbuch eingetragenen Servitut, namentlich nicht mit der des von den Besitzern der angrenzenden Parcelle 598, ausgeübten Fahrrechtes, behaftet ist, die weitere Ausübung dieses Fahrrechtes untersagen könne, oder ob dieses Klagebegehren unbegründet sei, weil der Geklagte B als dermaliger Eigenthümer der Parcelle 598, mit Einrechnung der Ersitzungszeit seiner Vorgänger, dieses Fahrrecht durch unbehinderte 30jährige Ausübung ersessen habe.

Dass diese Fahrten von denjenigen Personen, welche das Grundstück Parcelle Nr. 598 im Genuss hatten, durch mehr wie 30 Jahre thatsächlich ausgeübt wurden, das geht wohl aus mehrfachen Zeugenaussagen hervor und auch der erste Richter nimmt als erwiesen an, dass diese Ausübung mehr wie 30 Jahre erfolgte.

Diese wenn auch 30jährige fortgesetzte Ausübung könnte aber nur dann zur Erwerbung eines dinglichen Rechtes überhaupt, sohin zur Erwerbung der Servitut des Fahrrechtes über Parcelle Nr. 603 durch Ersitzung insbesondere führen, wenn auch die weiteren Erfordernisse der §§ 1460 und 1461 ABG vorhanden sind.

Dieses wesentliche Erforderniss ist demnach, dass sowohl Derjenige, gegen den ersessen werden soll, Eigenthümer der dienstbar werdenden Sache und jener der das Fahrrecht erwerben will, Eigenthümer des herrschenden Gutes sei.

Der blosse Besitz ohne einen zur Uebernahme des Eigenthumes führenden Titel genügt nicht.

Nun ist aber urkundenmässig dargethan, dass thatsächlich im Grundbuch die Gemeinde K. als Eigenthümerin beider Grundstücke eingetragen war und dass daher jene Personen, die die beiden Grundstücke in Benützung hatten, nicht Eigenthümer waren, daher diese, beziehungsweise ihre Vorbesitzer gegen einander ein dingliches Recht nicht erwerben konnten.

Der Kläger behauptet, dass die Vorbesitzer des Geklagten und auch dieser, solange — bis er durch o. Kauf das Grundstück Parcelle Nr. 598 von der Gemeinde K. in sein Eigenthum erworben hat — nur Pächter der Gemeinde war, während der Geklagte behauptet, dass ein Pachtverhältniss nicht bestand, dass vielmehr er und seine Vorgänger im Naturalbesitz waren und will — da sich das bücherliche Eigenthum der Gemeinde doch nicht leugnen lässt — eine Art Ober- und Nutzungs-Eigenthum behaupten, so dass der jährlich gezahlte Zins — welcher sogar einmal verdoppelt wurde — kein Pachtzins, sondern eine Art Anerkennungszins gewesen sein soll und will daraus ableiten, dass hier eine

Art Erbpacht oder Erbzinsvertrag bestand, dass dann die Nutzniesser der beiden Parcellen — auch Eigenthümer — wenn auch unvollständige Eigenthümer waren und für ihr unvollständiges Eigenthum auch Rechte erwerben und ersitzen konnten.

Werden die Aussagen der abgehörten Zeugen erwogen, so muss zugestanden werden, dass ein reines Bestandverhältniss im Sinne des § 1090 ABG nicht bestanden haben konnte, weil die Nutzniessung dieser Grundstücke seit undenklicher Zeit an den jeweiligen Besitzer eines Hauses in K. überlassen war und von diesem an seine Nachfolger, jedoch ohne neuen Vertrag, überging, sowie wenn die Nutzniessung mit dem Hausbesitze verbunden gewesen wäre, und es soll nach Ansicht der Zeugen auch die jährliche Zahlung kein Pachtzins, sondern eine Art Abgabe oder eine Art Anerkennungszins gewesen sein und der Zeuge R. E. bezeichnet diese Abgabe als eine Art Entschädigung, welche nicht als Pachtzins, sondern als Gemeindezins eingetragen war.

Demungeachtet war aber die Gemeinde stets Eigenthümerin, denn der Zeuge W. W. führt an, dass diese Gemeindegrundstücke beim Hause blieben, wenn auch der Besitzer wechselte, insolange jedoch der Zins pünktlich entrichtet wurde — woraus geschlossen werden muss, dass die Gemeinde diese Grundstücke dem jeweiligen Besitzer entzog, sobald er nicht ordentlich zahlte.

Dieses Verhältniss, wie es aus den Aussagen der Zeugen hervorgeht, wäre wohl als kein Erbpachtsverhältniss im Sinne des § 1122 ABG, jedenfalls aber als eine Art des Erbzinsvertrages im Sinne des § 1123 ABG anzusehen, weil bei dieser Art des Vertrages eine erbliche Ueberlassung nicht nothwendig ist und weil auch beim Erbzinsvertrage die Entziehung des unter Erbzins stehenden Gutes nicht untersagt ist und weil auch nach § 1124 ABG aus dem geringen jährlichen Zins von 3 fl. auf ein derartiges Verhältniss geschlossen werden kann.

Auf dieses Rechtsverhältniss weist auch die Aussage des Zeugen F. W., welcher sagt, dass vor mehr wie 50 Jahren die Gemeindegrundstücke an die Grundbesitzer in K. gegen einen jährlichen Zins vertheilt wurden, und insolange nicht die Ablösung erfolgte, die Gemeinde Eigenthümerin blieb; dass die Nutzniesser nicht Pächter, sondern Eigenthümer waren, damit stimmt auch der Verkaufsvertrag vom 12. September 1887, gemäss dessen B den Acker Parcelle Nr. 598 per 499 Quadratklafter nebst noch zwei anderen Grundstücken um einen Ablösungsbetrag von 65·68 fl. von der Gemeinde erkaufte, und der Kaufvertrag des Klägers vom 3. März 1881, gemäss dessen er die Parcelle Nr. 603 per 217 Quadratklafter und Parcelle Nr. 163 per 320 Quadratklafter, welche er pachtweise von der Gemeinde benützte, um einen Kaufschilling von blos 25·56 fl. in das Eigenthum erworben hat.

Aus der Unbedeutendheit des Kaufpreises für zwei Grundstücke und aus dem Zugeständnisse der pachtweisen Benützung geht hervor, dass dieser letztere Umstand nur juristisch unrichtig bezeichnet war, dass dieser Käufer ebenso wie die anderen, kein eigentlicher Pächter, sondern ein Erbzinsmann war, dass daher Kläger und Beklagter und deren Vorgänger insgesammt Erbzinsleute gewesen sind, welche mehr wie blosse Naturalbesitzer waren, denn sie waren Eigenthümer, aber unvollständige und die Gemeinde war dann beider Obereigenthümer und als solche auch als Eigenthümerin ohne jedweden Beisatz im Grundbuche eingetragen, aber erst seit 1856, während früher ihr Eigenthümer gar nicht im Grundbuche eingetragen war.

Es ist also der Umstand, dass die Gemeinde nicht geradezu als Obereigenthümerin, sondern nur als Eigenthümerin beider Parcellen einverleibt war, dem bücherlich nicht ersichtlichen Bestand des Erbzinsverhältnisses nicht abträglich und ist die Annahme, dass hier ein Erbzinsverhältniss bestanden habe, durch die bücherliche Eintragung nicht ausgeschlossen, weil im Eigenthum auch das Obereigenthum enthalten sein kann, wenigstens durch den Begriff des Eigenthums nicht ausgeschlossen wird.

Als Erbzinsleute waren beide Theile, beziehungsweise ihre Vorbesitzer, als unvollständige Eigenthümer auch zu jenen Rechtshandlungen befugt, die einem jeden vollständigen Eigenthümer zustehen, nur durften sie nach § 1127 ABG die Rechte ihres Obereigenthümers nicht verletzen.

Gegen sich selbst konnten sie also Rechte erwerben und solche Rechte auch ersitzen, denn dadurch war die Gemeinde als Obereigenthümer nicht verletzt, weil gegen diese eine Erwerbung überhaupt nicht stattfinden konnte und hat der Erbzinsmann von Parcelle Nr. 598 gegen den Erbzinsmann von Parcelle Nr. 603 selbst und durch seine gleich qualificirten Vormänner oder Vorbesitzer ein Fahrrecht durch 30 Jahre ununterbrochen und unbehindert ausgeübt, so kann er gegen diesen das durch Ersitzung erworbene Fahrrecht über die Parcelle Nr. 603 zu Gunsten der Parcelle Nr. 598 auch geltend machen, nachdem jetzt beide vollständige Eigenthümer geworden sind.

Die Klage war sohin abzuweisen, weil der Geklagte den Erwerb der Dienstbarkeit durch die Ersitzung dargethan hat.

Auf die gegen dieses E. vom Kläger erhobene Revisionsbeschwerde hat der OGH die E. II. J. zu bestätigen befunden, „in der Erwägung, dass dem Kläger als gewesenem Pächter der Parcelle K. Z. 603 in K. im Hinblicke auf die Zeugenaussagen auch anlässlich des Kaufes dieser Parcelle wohl bekannt gewesen sein musste, dass seit mehr als 30 Jahren wegen Nichtvorhandensein eines anderen Weges zu und von der Parcelle K. Z. 598 über die Parcelle K. Z. 603 gefahren wird“.

2990.

Das Versprechen, Jemandem eine bestimmte Geldsumme unter der Bedingung zu leisten, dass derselbe die Gläubiger eines Dritten befriedigt, ist ein Schenkungsvertrag.

E. v. 10. December 1889, Z. 12501. — (JZ 28 ex 91, Seite 321.)

Maria K. belangte den Adolf K. auf Zahlung von 1000 fl., indem sie behauptete, es habe sie der Geklagte im Jahre 1879 beredet, sie solle für ihren Gatten Ignaz K. 1200 fl. an dessen Gläubiger Jacob P., David M. und Leo R. bezahlen, er werde ihr an seinem Hochzeitstage darauf den Betrag per 1000 fl. ersetzen; sie habe dieses Versprechen angenommen; der Geklagte habe auch am 22. August 1886 geheiratet, weigere sich jedoch, diese 1000 fl. zu bezahlen, obzwar sie die Schulden per 1200 fl. für ihren Gatten bezahlt habe.

Die I. J. hat die Klage abgewiesen.

Ueber Appellation der Klägerin hat die II. J. dieses U. bestätigt.

Gründe:

Bei der E. des vorliegenden Rechtsstreites handelt es sich, wie die Klägerin im Eingange ihrer Appellationsbeschwerde ganz richtig bemerkt, zunächst nur um die Lösung der Rechtsfrage, ob das von der Klägerin behauptete Versprechen des Geklagten, ihr an seinem Hochzeitstage 1000 fl. zu bezahlen, ein Schenkungsversprechen, und der durch Annahme dieses Versprechens entstandene Vertrag ein Schenkungsvertrag sei. Auf Grund der eigenen Anführungen der Klägerin muss diese Rechtsfrage in Uebereinstimmung mit der Ansicht des ersten Richters zu Ungunsten der Klägerin gelöst werden; denn die Klägerin führt an, der Geklagte habe sie im Jahre 1879 beredet, sie solle für ihren Ehegatten Ignaz K. die dem Jacob P., David M. und Leo R. schuldigen Beträge per 700 fl., 100 fl. und 300 fl. bezahlen, er werde ihr auf den von ihr bezahlten Betrag die Summe von 1000 fl. an seinem Hochzeitstage ersetzen, und Klägerin habe dieses Versprechen angenommen. In diesem angeblichen Versprechen kann aber nur ein Schenkungsversprechen und in dem durch die Annahme desselben seitens der Klägerin entstandenen Vertrage nur ein Schenkungsvertrag erblickt werden, weil der Geklagte der Klägerin eine Summe Geldes unentgeltlich zu überlassen versprochen und die Klägerin dieses Versprechen angenommen hat, und weil an dem Wesen der Schenkung dadurch, dass der Geklagte als Motiv seines Versprechens die seitens der Klägerin zu bewerkstelligende Bezahlung der oben angeführten Schulden ihres Ehegatten Ignaz K. angegeben hat, nichts geändert wurde, zumal die Klägerin gegenüber dem Geklagten rücksichtlich des angeblich versprochenen Betrages per 1000 fl. vorher kein Klagerecht hatte (§§ 938 und 940 ABG). Die Klägerin bemüht sich in ihrer Appel-

lationsbeschwerde, das Rechtsverhältniss zwischen ihr und dem Geklagten so darzustellen, als ob sie dem Geklagten gegenüber die Verpflichtung übernommen hätte, die obenangeführten Schulden ihres Mannes im Gesammtbetrage von 1200 fl. zu bezahlen, und als ob Geklagter ihr für die Uebernahme dieser Verpflichtung den Betrag von 1000 fl. versprochen hätte, so dass die von ihr übernommene Verpflichtung als das Entgelt für die vom Geklagten versprochenen 1000 fl. anzusehen wäre, oder mit anderen Worten, dass sie sich zur Zahlung der obigen Schulden ihres Mannes unter der Bedingung verpflichtete, dass ihr der Geklagte an seinem Hochzeitstage 1000 fl. bezahlt, in welchem Falle allerdings ein zweiseitig verbindlicher entgeltlicher Vertrag vorhanden, und die Klägerin berechtigt wäre, die Bezahlung der versprochenen 1000 fl. zu begehren, wenn sie die ihrerseits übernommene Verpflichtung, die oben angeführten Schulden ihres Ehegatten zu bezahlen, erfüllt hätte. Allein in dieser Weise hat die Klägerin, wie bereits oben gezeigt wurde, in der Processverhandlung ihr Rechtsverhältniss zum Geklagten nicht dargestellt, und es kann somit auf diese von den Klagsangaben wesentlich abweichenden Anführungen in der Appellationsbeschwerde nach § 257 AGO kein Bedacht genommen werden. Von einem Vollmachtsvertrage zu Gunsten Dritter, nämlich hier der Gläubiger des Ignaz K. im Sinne des § 1019 ABG, kann keine Rede sein, weil aus einem solchen Vertrage nur dem begünstigten Dritten gegen den Vollmachtgeber oder Vollmachtnehmer, nicht aber dem Letzteren gegen den Ersteren ein Klagerecht erwächst. Es stellt sich somit die Appellationsbeschwerde der Klägerin als ganz unbegründet dar, weshalb unter Zurückweisung derselben das erstrichterliche, der Actenlage und dem Gesetze vollkommen entsprechende U. vollinhaltlich bestätigt werden musste.

Der a. o. Revisionsbeschwerde der Klägerin hat der OGH keine Folge zu geben befunden:

Die a. o. Revisionsbeschwerde der Klägerin könne im Hinblicke auf die Bestimmungen des Hofd. vom 15. Februar 1833, JGS Nr. 2593, auf einen günstigen Erfolg keinen Anspruch erheben, nachdem die Auffassung der beiden Untergerichte, es sei das hier in Rede stehende Versprechen des Geklagten nach seiner rechtlichen Natur als ein mündliches Schenkungsversprechen, dem das Gesetz nach § 943 ABG das Klagerecht versagt, anzusehen, eine offenbare Ungerechtigkeit nicht wahrnehmen lässt, eine unterlaufene Nichtigkeit aber von der Klägerin selbst nicht behauptet wurde, eine solche auch nicht vorliegt, und demzufolge die nach dem eben bezogenen Hofd. zur Abänderung der gleichförmigen U. der beiden Untergerichte erforderlichen Voraussetzungen vorliegenden Falles nicht vorhanden sind.

2991.

Die Klage, welche das E. anstrebt, dass der Geklagte nicht berechtigt ist, den einverleibten Kaufschilling vor physischer Uebergabe des verkauften Objectes zu verlangen, kann nicht grundbücherlich angemerkt werden.

E. v. 18. December 1889, Z. 10925. — (GZ 6 ex 92, Seite 47.)
I. LG Krakau.
II. OLG Krakau.

Vom ersten Richter wurde das Ansuchen um die grundbücherliche Anmerkung der Klage der Gebrüder A abgewiesen, in welcher das E. begehrt wird, dass die Kläger den Kaufschilling für $^{600}/_{1900}$ Theile des Gutes X so lange zu zahlen nicht verpflichtet sind, bis ihnen von den Geklagten 415 Joch aus der Parcelle 3163/4 in X in den physischen Besitz werden übergeben werden; ferner, dass den Klägern das Recht zustehe, von der im Kaufvertrage vom 13. October 1886 bestimmten Kaufschillingssumme für jedes nicht in Besitz übergebene Joch Grundes den Betrag von je 116 fl. $66^{2}/_{3}$ kr. ö. W. in Abzug zu bringen.

Das OLG hat dagegen dem obigen Begehren um Streitanmerkung in vollem Umfange stattgegeben.

Der OGH hat den B. des ersten Richters wieder herzustellen befunden.

Gründe:

Die Behauptung der Kläger, dass ihre Klage, weil sie das Hypothekarrecht überhaupt tangirt, schon deswegen zur Klagsanmerkung im Sinne des § 59 des GBG geeignet erscheine, kann als zutreffend nicht angesehen werden. Denn die verlangte Klagsanmerkungsbewilligung nach § 59 des GBG hat die Anhängigkeit einer Hypothekarklage zur nothwendigen Voraussetzung. In der vorliegenden Klage wird aber nicht vom Gläubiger die Zahlung einer bücherlich versicherten Forderung verlangt, sondern es wird lediglich das E. angestrebt, dass die Geklagten als Eigenthümer der intabulirten Kaufschillingsrestforderung von 33.000 fl. nicht berechtigt sind, von den Klägern den Kaufschilling vor physischer Uebergabe des verkauften Objectes zu verlangen. Der Klage fehlt sonach die Natur einer Hypothekarklage und es fehlen somit auch die Voraussetzungen, unter denen im Sinne des bezogenen Gesetzes die Klageanmerkung bewilligt werden könnte. Ebenso wenig kann die Klagsanmerkung vom Standpunkte des § 61 des GBG bewilligt werden, denn in dem Begehren der Klage um Zuerkennung des Rechtes, den Kaufschilling bis zu dem Eintritte eines gewissen Ereignisses zurückzubehalten, liegt nur das Begehren auf Vertragserfüllung, dagegen kann darin weder eine Bestreitung der Giltigkeit der Einverleibung der Summe von 33.000 fl. oder der auf derselben haftenden Superlasten, noch das Petit auf directe oder indirecte Wiederherstellung des vorigen bücherlichen Standes erblickt werden.

2992.

Erfordernisse einer ordentlichen Rechnung bei Verwaltung eines aus ausständigen Forderungen bestehenden Vermögens.

E. v. 21. Jänner 1890, Z. 234. — (GH 44 ex 91, Seite 356.)
I. KG B.-Kamnitz.
II. OLG Prag.

Nach dem am 11. April 1884 in B.-Kamnitz verstorbenen X verblieben drei Töchter, denen der Nachlass jure crediti eingeantwortet worden ist. In dem Nachlassvermögen befanden sich auch Forderungen, welche theilweise von den Schuldnern zu Handen der B, einer der erblichen Töchter, berichtigt wurden. Diese zahlte von Zeit zu Zeit die betreffenden Antheile an die Miterbinnen aus, insbesondere auch an die auswärts wohnhafte jüngste Schwester A. Diese letztere begehrte nun von der B nach einigen Jahren eine Rechnung über die sonach für die A geführte Verwaltung und erhob, als die Rechnungslegung verweigert wurde, die Klage mit dem Begehren:

„Die Geklagte B sei schuldig, ihr über ihren Eindrittel-Erbantheil an den nach ihrem Vater hinterbliebenen Forderungen, insoweit dieselben bereits zu Handen der B ganz oder theilweise bezahlt worden sind, oder insoweit deren Eintreibung veranlasst worden ist, eine genaue mit den Urkunden belegte Rechnung zu legen.“

Die I. J. wies die Klage ab und das OLG hat diese E. bestätigt.

Gründe:

Zwischen beiden Theilen ist nicht bestritten, dass B Forderungen, welche zu einem Drittel der A zustanden, eincassirt hat, dass sie von den so eincassirten Geldern die Auslagen bestritten und den Rest sohin der A entweder unmittelbar oder mittelbar zukommen liess. Es unterliegt sohin keinem Zweifel, dass B das Vermögen der A verwaltet hat und dass diese Vermögensverwaltung, mag sie sich auf einen Vertrag stützen oder nur als Geschäftsführung ohne Auftrag erscheinen, die B zur Rechnungslegung verpflichten würde. Es ist jedoch die B, wie sich aus den eigenen Angaben der A ergibt, dieser ihrer Verpflichtung in jenen Fällen nachgekommen, wo sie unter Zuhilfenahme ihres Notizbuches auf ein Blättchen Papier einige Ziffern für angebliche Spesen setzte und der A dann sagte, „es gebühre ihr so und so viel“. Fand A die Daten nicht genügend, dann war es ihre Sache, die nöthigen Belege und Auskünfte zu verlangen. Sie hat dies nicht gethan, sondern erklärte: „hoffentlich wird Alles in Ordnung sein, du wirst mich doch nicht betrügen“. Sache der A war es, gleich bei einer solchen eben geschilderten Rechnungslegung das was ihr nöthig erschiene zu fordern und die keinem Zweifel Raum gebende klare Erklärung abzugeben, dass sie eine ihren Intentionen entsprechende Rechnungslegung verlange.

Im Uebrigen scheint A keinen richtigen Begriff von einer Rechnungslegung zu haben, wenn ihr die Angabe „so und so viel ist bei mir

eingegangen, so und so viel habe ich darauf Auslagen gehabt, verbleibt daher so und so viel, davon bekommst du den dritten Theil" mangelhaft erscheint. Hat die A als Schwester der B sich mit Zetteln und dem Notizbuch derselben nicht begnügen zu können vermeint, dann durfte sie nicht sagen: „hoffentlich wird Alles in Ordnung sein, du wirst mich doch nicht betrügen".

Der von A erhobenen a. o. Revisionsbeschwerde fand der OGH insoweit stattzugeben, als er in Abänderung beider unterrichterlichen U. erkannte: B ist schuldig, über den Eindrittel-Antheil der A von den nach X hinterbliebenen Forderungen, insoweit diese Forderungen zu Handen der B ganz oder theilweise bezahlt worden sind, binnen acht Wochen unter Executionsfolgen Rechnung zu legen.

Gründe:

Die Geständnisse der B, namentlich, dass sie nach der Theilung des väterlichen Nachlasses zu der A wegen der ererbten Forderungen sagte, sie werde die Gelder alle an sich senden lassen und der A ein Drittel geben, dann, dass sie nach Uebergabe des Zettels lit. D (Verzeichniss einzelner Aussenstände) an A zu dieser sagte, dass sie, wenn wieder Geld für A eingehen werde, es wieder übernehmen werde; überdies die Thatsache, dass B wirklich für A mehrere Geldbeträge in Empfang nahm, lassen nicht daran zweifeln, dass B für A in Folge beiderseitig übereinstimmenden Willens Geschäfte besorgte, somit zur A in einem Mandatsverhältnisse stand. Das OLG hat daher mit Recht die Verpflichtung der B zur Rechnungslegung festgestellt. Es kann sich daher nur darum handeln, ob B ihrer Verbindlichkeit zur Rechnungslegung bereits nachgekommen ist.

Diesfalls sind die Zeiträume vor der Uebersiedlung der A von B.-Kamnitz nach B. und nach dieser Uebersiedlung zu unterscheiden.

Anbelangend den ersteren Zeitraum behauptet B, die A habe das auf sie entfallende Drittel der eingehobenen Forderungen ausgezahlt erhalten.

Es ist aufliegend, dass die Zahlung gewisser Posten und die Verbindlichkeit zur Rechnungslegung nichts Gemeinsames haben; die Zahlung, wenn sie erfolgte, befreit noch nicht von der Rechnungslegung.

B wendet weiters ein, dass sie manchmal der A mit der Geldsendung auch eine schriftliche Aufzeichnung über „die Person des Schuldners etc." gab, und A gesteht, dass ihr B manchmal ein Zettelchen gab, auf dem anlässlich einzelner Zahlungen einige Ziffern eingesetzt waren.

Darüber, wie eine Rechnung beschaffen sein soll, ist im ABG eine bestimmte Anordnung nicht enthalten.

Im § 837 ABG verpflichtet das Gesetz den Verwalter des gemeinschaftlichen Gutes (den das Gesetz als „Machthaber" behandelt) eine ordentliche Rechnung abzulegen.

Gemäss § 1039 ABG hat der „Geschäftsführer ohne Auftrag“ gleich einem Bevollmächtigten genaue Rechnung zu legen; endlich fordert das Gesetz anlässlich eines Vertrages über eine Gemeinschaft der Güter (§ 1198) ordentliche Rechnung.

Die Vergleichung dieser Gesetzesstellen — die überall vorausgesetzte Absonderung der Einnahmen von den Ausgaben — die Nothwendigkeit, die einzelnen Empfänge und Ausgaben in einer Urkunde zusammenzustellen, um die Rechnung der Prüfung und insbesondere einer etwaigen Bemängelung unterziehen zu können, berechtigt zu der Schlussfolgerung, dass die Hinausgabe einzelner Zettel anlässlich der Empfangnahme von Forderungen, der A eine ordentliche und genaue Rechnung nicht zu ersetzen vermag.

Die auf diese Zettel sich beziehende Aeusserung der A „hoffentlich wird Alles in Ordnung sein, du wirst mich doch nicht betrügen“, ist ganz belanglos, wenn die Rechtsfrage zu entscheiden ist, ob B „genaue“ und „ordentliche“ Rechnung zu legen hat.

Jene Worte sind weder die Genehmigung einer Rechnung, die nicht gelegt worden ist, noch der Verzicht auf Rechnungsleguug.

Wenn daher durch übereinstimmendes U. der beiden Untergerichte der A das Recht abgesprochen wurde, für diesen ersten Zeitraum von der B „ordentliche Rechnung“ zu verlangen, so liegt hierin eine Ungerechtigkeit, welche gemäss Hofd. vom 15. Februar 1833, JGS Nr. 2593, die Abänderung gleichförmiger U. gestattet.

Betreffs des zweiten Zeitraumes wendet B ein, eine vollständige Rechnung gelegt zu haben und führt den Inhalt dieser Rechnung in der Einrede an. Die Prüfung ihres Inhaltes ergibt deren Unvollständigkeit und Unbestimmtheit. Mit Ausnahme von zwei Capitalsposten sind alle übrigen Einnahmeposten als Zinsen bezeichnet; allein es fehlt die Angabe des Zinsfusses und die Anführung des Zeitraumes, für den die Zinsen angeblich bezahlt worden sind; bei der Ausgabenrubrik ist nur die Summe der Ausgaben eingestellt, nicht aber die Posten, aus denen diese Summe sich bildet.

Eine solche ungenaue Zusammenstellung ist gewiss keine „ordentliche Rechnung“, welche zu fordern A berechtigt ist, namentlich kann die blosse Anführung der Summe der Auslagen auf keinen Fall eine Rechnung vorstellen. Die Abweisung des Begehrens der A ist daher mit dem Gesetze nicht vereinbar, und war darum auch hier der Klage stattzugeben.

Im Uebrigen ist die a. o. Revision unbegründet; da es sich um Legung einer Rechnung handelt, können noch nicht eingehobene Forderungen den Gegenstand einer Rechnung nicht bilden; ebenso enthält die Abweisung des Begehrens, die einzelnen Rechnungsposten durchwegs mit Urkunden zu belegen, keine offenbare Ungerechtigkeit.

2993.

Ungeachtet der Vereinbarung einer längeren Kündigungsfrist gilt auch die factisch gegebene Kündigung auf eine kürzere Zeitperiode, wenn nur jene längere Frist vor der Klagseinreichung schon verstrichen war.

E. v. 25. Februar 1890, Z. 1396. — (NZ 1 ex 93, Seite 4.)

Auf Grund des Heirats- und Erbvertrages ddto. 25. September 1873 war ob der den Eheleuten Johann und Theresia T. grundbücherlich zugeschriebenen Grundwirthschaft C.-Nr. 9 zu P. das Pfandrecht für den Kaufschillingsrest per 700 fl. zu Gunsten der Marie P. sichergestellt.

Marie P. begehrte nun die Zahlung dieser 700 fl. wider Johann und Theresia T. beziehungsweise den Nachlass der letzteren zu Handen eines aufzustellenden Curators ad actum, berichtigte jedoch das Contra der Klage in der Replik dahin, dass sie das Klagebegehren nunmehr gegen die bereits erbserklärten Erben der Theresia T., nämlich den Erstbelangten Johann T. als Erben beziehungsweise Gatten derselben im eigenen Namen, ferner die minderjährigen Kinder dieser Erblasserin Josef, Johann, Franz, Alois, Marianna und Franziska T., vertreten durch den väterlichen Curator Johann T., richte. In der Klage wurde angeführt, dass im Grunde obiger Urkunde die Klagsforderung nach erhaltener ganzjähriger Kündigung fällig ist, dass zwar Klägerin dieselbe mit dem Einschreiten de praes. 29. Jänner 1883 nur auf drei Monate gekündigt, dass sie aber nach dieser Kündigung die Frist eines Jahres abgewartet habe, mithin Johann und Theresia T., beziehungsweise wegen mittlerweiligen Ablebens derselben ihre Verlassenschaft als persönliche und zugleich Hypothekarschuldner die Klagsforderung zu bezahlen schuldig sind.

Die I. J. hat die Klage dermalen abgewiesen aus folgenden

Gründen:

Es ist zwar als dargethan anzusehen, dass im vorliegenden Falle eine einjährige Kündigungsfrist vertragsmässig festgesetzt war und war mithin Klägerin verpflichtet, diese vereinbarte Bedingung der Fälligkeit der Klagsforderung genau einzuhalten. Diesfalls kann ihr nun der Umstand, dass seit der den Belangten gegebenen vierteljährigen Kündigung bereits mehrere Jahre verstrichen sind, nichts nützen, weil hierdurch der Abgang der ausdrücklich vorgeschriebenen ganzjährigen Kündigung nicht supplirt werden kann, indem Verträge auf die Art und zu jener Zeit erfüllt werden sollen, wie dies vereinbart worden ist (§ 902 ABG). In Folge dieses Mangels war das Begehren um Zahlung der noch nicht fälligen Klagsforderung dermalen abzuweisen, dies um so mehr, als Klägerin den weiteren Verstoss sich zu schulden kommen liess, dass betreff der mitbelangten Erben der Theresia T. aus der Formulirung des Klagebegehrens nicht mit der erforderlichen Sicherheit entnehmbar ist, zu welchen Theilen

die Klägerin die Zahlung der Forderung von den mehreren in Gemässheit der Berichtigung in der Replik mit Namen bezeichneten Belangten beansprucht.

Ueber Appellation der Klägerin hat die II. J. die Belangten und zwar die Erben nach Theresia T. lediglich ad vires hereditatis zur Zahlung nach dem Klagebegehren verurtheilt.

Gründe:

Johann T. hat im eigenen Namen und als väterlicher Curator der übrigen Erben nach Theresia T. eingestanden, dass die Klagsforderung ob der ihm gehörigen Grundwirthschaft pfandrechtlich sichergestellt ist und er sowohl als seine Gattin Theresia T. beim Antritt des Besitzes derselben die Zahlung derselben übernommen haben. Der Oberrichter vermag jedoch der Auffassung des Erstrichters nicht beizupflichten. Denn was die Kündigung des klagbar angesprochenen Capitals betrifft, so hat die Klägerin selbst angegeben, dass sie mittelst der Eingabe de praes. 29. Jänner 1883, nur eine vierteljährige Aufkündigung ertheilte, obwohl vertragsmässig eine ganzjährige Kündigung vereinbart war, wobei es dahingestellt bleiben mag, ob eine derartige Auslegung des Vertrages richtig ist. Insoferne jedoch zufolge der jedenfalls erhaltenen Kündigung die Belangten davon in Kenntniss gesetzt wurden, dass die Klägerin die Zahlung ihrer Forderung begehrt, dennoch aber weder binnen eines Vierteljahres noch selbst nach Ablauf eines ganzen Jahres letztere geleistet haben, seither jedoch mehr als fünf Jahre verstrichen sind, so können sie eine abermalige Aufkündigung des Capitals auf ein ganzes Jahr hinaus nicht mehr beanspruchen, und es ist daher die Abweisung des Klagebegehrens betreff des Erstbelangten Johann T., welcher nicht bestreitet, dass ihm die Kündigung zugestellt wurde, unbegründet.

Was den zweiten Abweisungsgrund anbelangt, so bestimmt das Hofd. vom 19. Jänner 1790, JGS Z. 4094, dass vor Ueberreichung der Erbserklärung Klagen wider eine Verlassenschaft gegen den zu ihren Handen aufzustellenden Curator, nach der Ueberreichung derselben jedoch gegen die erbserklärten Erben zu richten sind. Da nun für die mitbelangte Verlassenschaft der Erstbelangte als Curator ad actum aufgestellt wurde, derselbe im eigenen Namen und in jenem seiner minderjährigen Kinder zu der Nachlassenschaft der Theresia T. sich erbserklärte, wie auch nunmehr diese seine Kinder als väterlicher Curator vertritt, da weiters Johann T. in vorliegendem Rechtsstritte thatsächlich auch nicht nur seine eigenen Rechte als Mitschuldner, sondern auch als Erbe nach Theresia T. und zugleich auch jene aller Miterben zu schützen Gelegenheit hatte und factisch auch in Schutz nahm, da endlich durch die Substituirung der erbserklärten Erben an die Stelle des ursprünglich belangten Nachlasses

der Theresia T. weder betreff der Gerichtscompetenz, noch betreff des Rechtsgrundes der Klage eine Aenderung erfolgte, noch auch eine Erweiterung des Klagebegehrens eintrat, so erscheint auch dieser Klagsabweisungsgrund nicht gerechtfertigt. Die Klägerin ist befugt, die Klagsforderung von dem Erstbelangten als Personal- und Hypothekarschuldner zur einen, und von der Nachlassenschaft der Theresia T. beziehungsweise von ihren erbserklärten Erben zur anderen Hälfte anzusprechen, weil das Pfandrecht für die ganze Summe ob der benannten Grundwirthschaft Einl.-Nr. 14 zu P. und das Eigenthumsrecht für die Eheleute Johann und Theresia T. und zwar für einen jeden hiervon zur Hälfte dieser Grundwirthschaft einverleibt worden ist, und an die Stelle der am 29. April 1886 gestorbenen Theresia T. ihre Nachlassenschaft getreten ist, zu welcher sich die gesetzlichen Erben, nämlich der nachgebliebene Gatte beziehungsweise Erstbelangte im eigenen Namen und seine minderjährigen Kinder durch den aufgestellten Curator ad actum Adolf H. rite und bedingt erbserklärt haben. Da aber laut § 547 ABG der erbserklärte Erbe den Erblasser vorstellt, und die Verbindlichkeiten, welche letzterer aus seinem Vermögen zu erfüllen hatte, laut § 548 ib. zu übernehmen hat, so ist auch die erwähnte Verpflichtung der Erblasserin, welche zugestandenermassen im Momente der Klagseinreichung im Grundbuche noch als Miteigenthümerin der bezeichneten Grundwirthschaft eingetragen war, auch auf ihre erbserklärten Erben, welche sie vertreten müssen, jedoch im Hinblick auf deren blos bedingte Erbserklärung nach § 802 cit. lediglich ad vires hereditatis übergangen. Der Umstand aber, dass im Laufe des Processes die Verlassenschaft nach Theresia T. vollständig abgehandelt und die Einantwortungsurkunde den Erben zugestellt worden ist, ändert nichts an der Berechtigung der Klägerin, die auf diesen Nachlass entfallende Hälfte der Klagsforderung von den erbserklärten Erben zu begehren, zumal diese die Quoten, mit denen sie zur Bezahlung dieser Forderungshälfte beizutragen haben, untereinander selbst bestimmen müssen.

Der OGH bestätigte diese E. der II. J. aus deren Gründen, zumal den Belangten eine weit längere Kündigungsfrist als die eines Jahres gewährt wurde und der Mangel der passiven Klagslegitimation auf Seite der Erben der Theresia T. grundhältig nicht behauptet werden kann, insbesondere darum schon nicht, weil erst durch die am 17. September 1888 bewirkte Zustellung der Einantwortungsurkunde die Abhandlung der Verlassenschaft der Theresia T. ihr Ende fand.

2994.

Bezüglich der Verweisung testamentarischer Erben auf den Rechtsweg entscheidet der Zeitpunkt der früheren Testamentserrichtung.

E. v. 18. Februar 1890, Z. 1535. — (NZ 7 ex 92, Seite 48.)

I. KG St. Pölten.
II. OLG Wien.

Ueber die von der Stadtgemeinde St. Pölten in Vertretung des Bürgerspitales in St. Pölten aus einer mündlichen letzten Willenserklärung und über die von der erblasserischen Witwe Josefine B. aus dem Titel des wechselseitigen Testamentes abgegebenen bedingten Erbserklärungen zum Nachlasse des Hausbesitzers Franz B. in St. Pölten hat die I. J. nach erfolgter Einvernahme beider Parteien nach §§ 125 und 126 des Abh.-Pat. erkannt, dass die Stadtgemeinde St. Pölten in Vertretung des städtischen Bürgerspitales gegen die erblasserische Witwe Josefine B. als Klägerin in dem Erbrechtsstreite aufzutreten habe; dies in der Erwägung, dass, wenn auch die in den Ehepacten vom 5. Juni 1879 enthaltenen letztwilligen Verfügungen der Ehegatten Franz und Josefine B., abgesehen davon, dass Josefine B. ihre Erbserklärung aus denselben selbst nur auf den Titel eines wechselseitigen Testamentes und nicht eines Erbvertrages gestützt hat, mit Rücksicht auf den Wortlaut derselben und auf die Bestimmungen der §§ 1248, 1249, 1253 und 1254 ABG nicht als ein Erbvertrag, sondern nur als ein wechselseitiges Testament erkannt werden können, da doch dieses wechselseitige Testament, respective die dasselbe enthaltenden Ehepacte in notarieller gesetzlicher Form errichtet, rücksichtlich ihrer Echtheit und äusseren und inneren Form in keiner Weise bestritten sind, dagegen die mündliche letztwillige Willenserklärung des Franz B., auf welche die Stadtgemeinde St. Pölten in Vertretung des dortigen Bürgerspitales ihr Erbrecht stützt, sowohl betreff der äusseren als der inneren Form in ihrer Giltigkeit und Rechtswirksamkeit bestritten wird.

Dem Recurse der Stadtgemeinde St. Pölten in Vertretung des dortigen städtischen Bürgerspitales hat die II. J. keine Folge gegeben und den angefochtenen B. mit Bezugnahme auf dessen dem Gesetze und der Sachlage entsprechende, durch die Ausführungen des Recurses nicht widerlegte Begründung bestätigt.

Dem a. o. Revisionsrecurse der Stadtgemeinde St. Pölten hat der OGH stattzugeben und in Abänderung der angefochtenen untergerichtlichen E. zu erkennen befunden, dass in dem erwähnten Erbrechtsstreite die Witwe Josefine B. gegen die Stadtgemeinde St. Pölten in Vertretung des städtischen Bürgerspitales als Klägerin aufzutreten habe; denn nach § 126 Abs. 2 des Abh.-Pat., ist dann, wenn die Erbserklärungen testamentarischer Erben untereinander im Widerspruche sind, derjenige der streitenden Erben zur Ueberreichung der Klage anzuweisen, welcher, um

sein Erbrecht geltend machen zu können, den stärkeren Erbrechtstitel seines Gegners vorerst entkräften müsste. In diesem Falle befindet sich aber hier die Witwe Josefine B., weil sie ihre Erbserklärung auf ein schon im Jahre 1879 errichtetes wechselseitiges Testament stützt, während der Erbserklärung des Bürgerspitales in St. Pölten ein von dem Erblasser unmittelbar vor seinem Ableben errichtetes mündliches Testament zu Grunde liegt; weil ferner aus der Bestimmung des § 713 ABG hervorgeht, dass ein früheres Testament durch ein späteres giltiges Testament seinem ganzen Inhalte nach aufgehoben wird, und weil hier, wo es sich nur um die Beurtheilung handelt, welcher Erbrechtstitel als der stärkere zu betrachten sei, bei dieser Beurtheilung eben nur der verschiedene Zeitpunkt der Testamentserrichtung und der Umstand, dass beide Testamente ihrer Echtheit nach unbestritten sind, als massgebend erscheint, während alle übrigen Umstände, mit welchen die Giltigkeit des mündlichen Testamentes bestritten werden will, nicht hier, sondern erst im Erbrechtsstreite zur Verhandlung und E. kommen können.

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtenen unterrichterlichen E. mit der Sachlage und den angeführten gesetzlichen Bestimmungen nicht im Einklange stehen, weshalb dieselben nach § 16 des Abh.-Pat. entsprechend abgeändert werden mussten.

2995.

Der Acceptant hat in dem Masse als er sein Accept eingelöst hat, gegen Denjenigen, der das Accept verwerthete, einen Ersatzanspruch auch ohne besondere Verabredung.

E. v. 5. März 1890, Z. 1735. — (GH 11 ex 92, Seite 94.)

Der Kläger B behauptet, dass er 16 Wechsel im Gesammtbetrage von 48.900 fl. aus Gefälligkeit zu Gunsten der Firma P. & Cie. acceptirte, ohne darauf eine Valuta erhalten zu haben, und dass P. ihm die rechtsverbindliche Erklärung abgegeben habe, die Firma werde alle Wechsel selbst einlösen. Die Insolvenz der Firma habe aber zur Folge gehabt, dass dieselben von ihr nicht eingelöst worden seien, wodurch Kläger in Gefahr gerieth, auf den vollen Betrag der von ihm acceptirten Wechsel seitens deren Inhaber — es waren dies Bankinstitute — in Anspruch genommen zu werden. Hieraus sei für ihn die Nöthigung entstanden, mit den Banken als Wechselinhabern in Unterhandlung zu treten und einen Ausgleich bezüglich seiner Verbindlichkeit aus den Accepten anzustreben, welchen der von ihm hiermit betraute Dr. F. dahin zu Stande brachte, dass die Wechselinhaber den Kläger der Obligos aus jenen Accepten im Gesammtbetrage von 48.900 fl. gegen Erlag von 12.225 fl. (25 Percent) zu entheben sich herbeiliessen. Diesen Betrag habe er (Kläger) erlegt und auf solche Art sei er, da er der Firma P. & Cie. wirklich nur 6000 fl.

schuldete, durch die Nichteinlösung der erwähnten Accepte mit dem Mehrbetrage in der Höhe von 6225 fl. zu Schaden gekommen, dessen Ersatz zur Hälfte, also 3112·50 fl., er nun gegen den Belangten L., als gewesenen Gesellschafter der Firma P. & Cie., geltend macht.

Der Geklagte gibt zu, dass die gedachten 16 Wechsel seitens der Firma P. & Cie. weiterbegeben und den Inhabern derselben nach eingetretener Insolvenz der Firma nebst der aus der Liquidationsmasse entnommenen vom vollen Betrage von 48.900 fl. berechneten 60percentigen Quote ein Betrag von 12.225 fl. mit Hinblick auf das Accept des Klägers bezahlt wurde, er bestreitet aber zunächst die active Legitimation des Klägers mit dem Hinweise darauf, dass nach der bezüglich der Accepte desselben durch Dr. F. ermittelten Vereinbarung den Betrag von 12.225 fl. nicht der Kläger, sondern dessen Schwiegermutter Frau S. erlegt habe, und zwar nicht als eine Quote oder Abschlagszahlung auf die Wechselsumme, sondern lediglich als eine Prämie für die Entlassung des Klägers aus dem Obligo. Weiters behauptet der Geklagte, dass durch den Ausgleich der Firma P. & Cie. jede Forderung an dieselbe, sohin auch an die Gesellschafter erloschen sei und auch anlässlich der Zahlung von 12.225 fl. ö. W. kein Regress mehr an sie genommen werden könne. Dieser ebenfalls von Dr. F., dem Leiter des Ausgleiches des Klägers B mit seinen Gläubigern, zu Stande gebrachte Ausgleich der Firma P. & Cie. stehe in untrennbarem Zusammenhange mit der früheren gedachten Vereinbarung, auf Grund deren er erfolgte. Das Ergebniss beider Transactionen war, dass die Firma P. & Cie. in Liquidation für die von B acceptirten Wechsel per 48.900 fl. neue, nur von ihr ausgestellte Accepte über den vollen Betrag dem Ausgleichsleiter und durch ihn den Inhabern der ursprünglichen Accepte einhändigte, mit dem Rechte, dieselben ungeachtet der von anderer Seite gezahlten 12.225 fl. oder 25 Percent zur Liquidationsmasse der Firma im vollen Betrage zu liquidiren, während aus der Zahlung des Betrages von 12.225 fl. seitens des Klägers ein Anspruch an die Liquidationsmasse nicht erhoben wurde, was nur den Sinn haben könne, dass der Kläger, damit nur der Ausgleich zu Stande komme und er seines Obligos aus den Accepten entledigt würde, auf Regressansprüche zu Gunsten der Wechselinhaber verzichtete, da dieselben sonst ihre Forderungen aus den Wechseln per 48.900 fl. nur nach Abrechnung der gezahlten 25 Percent, also nur mit restlichen 75 Percent, im Ausgleiche der Firma hätten zur Geltung bringen können und nicht mit dem vollen Betrage, wie es thatsächlich der Fall war. Es lägen demnach auch die Voraussetzungen einer Schadenersatzklage nicht vor und könne deshalb auch nicht aus dem Titel der für einen Anderen gezahlten Schuld geklagt werden. Denn wenn der Kläger B die Summe von 12.225 fl. wirklich bezahlte, so sei dies nicht aus dem Verschulden der Firma oder des Geklagten, welche durch Aushändigung von Renovationsaccepten in voller

Höhe ihrer Verpflichtung nachkamen, geschehen, vielmehr aus freiem Willen des Zahlers. Es sei aber auch keine fremde Schuld getilgt werden, da die Verbindlichkeit der Firma in unverminderter Höhe fortbestand und die gezahlte Summe nicht à conto der Gesellschaftsschuld, sondern als blosse Prämie geleistet wurde. Endlich sei die Firma P. & Cie. nicht erloschen, vielmehr werde sie von P. fortgeführt, an welchen sich Kläger mit allfallsigen Regressansprüchen zu halten habe.

Die I. J. verurtheilte den Geklagten zur Zahlung der Klagssumme, wenn er erfüllungsweise beschwört, dass er den Betrag von 12.250 fl. aus eigenem Vermögen bezahlte, um aus dem Obligo der 16 Wechsel von zusammen 48.900 fl. entlassen zu werden.

Gründe:

Die 16 Wechsel über zusammen 48.900 fl. sind von der Firma P. & Cie. thatsächlich als sogenannte Gefälligkeitsaccepte in Circulation gesetzt worden. Darüber kann nach der vom Geklagten selbst gegebenen Darstellung des Sachverhaltes kein Zweifel obwalten. In dem Schreiben D., in welchem die Abmachungen betreffend die Accepte des Klägers per 48.900 fl. festgestellt sind, und auf welches sich der Geklagte in der Duplik selbst beruft, werden jene Accepte als Gefälligkeitsaccepte ausdrücklich bezeichnet. Zum Ueberfluss ist dieser Umstand durch die Zeugenschaft der P. und L. gerichtsordnungsmässig erwiesen. Steht aber fest, dass die Wechsel per 48.900 fl. vom Kläger zu Gunsten der Firma, ohne dass er eine Deckung hiefür erhalten hatte, acceptirt worden sind, und dass derselbe von der Firma als Gläubiger in ihren Büchern anerkannt war, so muss angenommen werden, dass die Firma verpflichtet war, die fraglichen Accepte selbst dergestalt einzulösen, dass von dem Gefälligkeitsacceptanten jeder Vermögensnachtheil abgewendet werde. Hiezu bedurfte es gar keiner besonderen Zusicherung, da schon durch die blosse Uebergabe und Uebernahme, beziehungsweise Verwerthung eines Gefälligkeitsacceptes gemäss § 863 ABG ein derartiges Vertragsverhältniss begründet wird. Denn bei einem sogenannten Gefälligkeitsaccepte erscheint wechselrechtlich der Acceptant dritten Wechselberechtigten gegenüber als directer Schuldner, derjenige, welcher das zu seinen Gunsten ausgestellte Accept im Escomptewege verwerthet, blos als Bürge, daher formell zum Wechselregress gegen den Acceptanten berechtigt. Vom Standpunkte des materiellen Rechtes aber, welcher bei Beurtheilung des internen Verhältnisses zwischen Beiden die Richtschnur bildet, verhält sich die Sache gerade umgekehrt. Materiellrechtlich kann man nur den Empfänger der Valuta als den eigentlichen Schuldner ansehen und gegen diesen hat der Gefälligkeitsacceptant, wenn er hinterher dennoch auf die dem Wechsel zu Grunde liegende Schuld etwas leisten muss, den Rückgriff nach gemeinem

Recht, und zwar nicht blos nach § 1358 ABG auf Ersatz aus dem Titel der für einen Anderen bezahlten Schuld, sondern auch nach § 1295 ABG auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung einer Vertragspflicht, ohne dass dem Gefälligkeitsacceptanten der Beweis eines Verschuldens von Seite des Empfängers der Valuta obläge, weil nach § 1298 ABG es vielmehr Sache des Vertragsbrüchigen ist, zu beweisen, dass die Verletzung der Vertragspflicht ohne sein Verschulden erfolgte. Nun sucht allerdings der Geklagte den Wortlaut des Schreibens D für sich zu verwerthen und dasselbe dahin zu deuten, als ob die Zahlung des Betrages von 12.225 fl. gar nicht auf die Wechsel, sondern aus einem ganz anderen durch Novation entstandenen Titel, nämlich als Prämie oder Belohnung für die angestrebte Entlassung des Gefälligkeitsacceptanten aus seinem Obligo geleistet worden wäre, und gleichzeitig sucht er die Sache so darzustellen, als ob die Firma P. & Cie. gar nicht vertragsbrüchig geworden wäre, indem sie für die Gefälligkeitsaccepte ihre eigenen Accepte in gleicher Höhe ausgab. Allein Beides beruht auf einer Täuschung über das Wahre der Sache. Ob die bezahlte Summe als Quote oder als Prämie bezeichnet wurde, ist vollkommen unentscheidend. Gewiss ist, dass dieselbe nur auf die den 16 Wechseln zu Grunde liegende Forderung der Wechselinhaber gezahlt wurde, und dieser letzteren entsprach eben materiellrechtlich keine Schuld des Klägers, wohl aber eine solche der Firma P. & Cie. in der Höhe von 48.900 fl. Diese letztere ist auch durch die in gleicher Höhe ausgegebenen Renovationsaccepte der Firma nicht getilgt worden, sondern nur durch die auf letztere Appoints wirklich erfolgte Befriedigung und nach Massgabe derselben, also jedenfalls nicht vollständig, da die Eirma P. & Cie. laut des Liquidationsübereinkommens auch bezüglich dieser Schuld sich mit 60 Percent ausgeglichen hat. Mit der hiernach festgestellten theilweisen Nichteinlösung d. i. Zahlung der 16 Wechsel, erscheint aber die Voraussetzung des Schadenersatzanspruches im Sinne der §§ 1295 und 1298 ABG gegeben, da an dem ursächlichen Zusammenhang zwischen jenem Factum und dem Erlage des Betrages von 12.225 fl. vernünftigerweise nicht geweifelt werden kann.

Es entsteht nur noch die Frage, ob die entstandenen Regressansprüche des Klägers in Folge des Liquidationsübereinkommens der Firma gänzlich oder zum Theile erloschen sind. Dieselbe ist zu verneinen. Denn dem fraglichen Uebereinkommen ist der Kläger weder persönlich noch durch seinen Vertreter Dr. F. beigetreten. Und wenn man auch annehmen wollte, dass der Vergleichsbrief D, welchen Dr. F. in Vertretung des Klägers zu Stande brachte und entgegennahm, einen Bestandtheil des Ausgleiches der Firma bilde, wozu der Inhalt beider Schriftstücke keine genügenden Anhaltspunkte bietet, so ändert dies an der Sache nichts. Allerdings ist weder in dem einen noch dem andern der Regressansprüche des Klägers an die Firma und deren Gesellschafter besonders gedacht, daher

auch eine Wahrung derselben darin nicht enthalten. Deren bedurfte es aber auch nicht. Es hätte vielmehr eine ausdrückliche Verzichtserklärung erfolgen müssen, um die Gesellschaft und deren Glieder ihrer aus dem Gesetze bereits entsprungenen Entschädigungspflicht zu entheben. — Nachdem der Ausgleich der Firma P. & Cie. kein gerichtlicher war, daher die Vorschrift des § 233 CO keine Anwendung findet, kann dem Kläger auch nicht verwehrt werden, den Rest seiner Entschädigungsforderung ungekürzt von dem nach Artikel 112 HGB dafür haftenden Geklagten hereinzubringen. — Die weitere Einwendung, dass die Firma P. & Cie. noch fortbestehe und zur Zeit der Einrede von P. als Inhaber geführt wurde, findet in den Eintragungen des Handelsregisters keine ausreichende Begründung und kann daher bei dem Widerspruche des Klägers nicht in Betracht kommen, zumal sich aus dem der Klage beigeschlossenen Registerauszuge ergibt, dass die Firma, zu deren Gunsten die 16 Wechsel acceptirt worden sind, nach beendeter Liquidation gelöscht wurde, mithin als Rechtssubject zu bestehen aufgehört hat, eine allfällige Uebernahme der Activen und Passiven aber dem Kläger nicht präjudicirt. — Die E. des Rechtsstreites hängt sohin nur davon ab, ob die Bezahlung des Betrages von 12.225 fl. seitens des Klägers wirklich erfolgt sei .... Durch die Aussage des Zeugen Dr. F. ist hierüber ein halber Beweis erbracht, dass der Kläger die Zahlung geleistet habe; es wurde daher auf den vom Kläger angebotenen Erfüllungseid erkannt und von dessen Ablegung der Zuspruch des eingeklagten Betrages sammt Zinsen abhängig gemacht.

Ueber die vom Kläger nur in der Richtung, dass es in der Eidesformel nicht 12.250 fl., sondern 12.225 fl. heissen solle, vom Geklagten gegen das U. seinem ganzen Inhalte nach ergriffene Appellation änderte das OLG das U., es in seinem übrigen Inhalte unberührt lassend, dahin ab, dass in die Eidesrote der Betrag von 12.225 fl. statt 12.250 fl. eingesetzt wurde, „weil sich die Ausführungen der Appellation des Geklagten im Wesentlichen nur als eine Wiederholung der bereits in den Satzschriften erhobenen sowohl formellen als materiellen Einwendungen des Belangten darstellen, diese jedoch bereits in den Urtheilsgründen der Sachlage und dem Gesetze gemäss widerlegt erscheinen“, bezüglich der Appellation des Klägers aber die unrichtige Formulirung des Eides auf einem Versehen beruht, da 25 Percent von 48.900 fl. 12.225 fl. und nicht 12.250 fl. sind, und daher in dieser Beziehung mit einer Correctur vorzugehen war.

Der OGH bestätigte diese E., „weil die angefochtenen U. durch die in ihnen angeführten Motive gerechtfertigt erscheinen“, sohin die Voraussetzungen des Hofd. vom 15. Februar 1833, JGS Nr. 2593, fehlen.

2996.

Der Excindirungskläger kann auch gegen Erlag einer Caution die Sistirung der Execution nur dann fordern, wenn er sein Recht bescheinigt hat.

E. v. 1. April 1890, Z. 3896. — (JB 8 ex 92, Seite 95.)

I. LG Wien.
II. OLG Wien.

Ueber die Klage der A wegen Anerkennung ihres Eigenthums an den von B in seiner Rechtssache wider X in Execution gezogenen Mobilien hatte die I. J. die Sistirung weiterer Executionsschritte bis zur Austragung des Rechtsstreites gegen Erlag einer Caution von 50 fl. verfügt.

In dem gegen diesen B. eingebrachten Recurse machte B geltend, dass die A über ihre Klageangabe blos den Beweis durch den referiblen Haupteid angeboten, ihre Rechte aber in keiner Weise bescheinigt habe, weshalb die Sistirung der Execution ungerechtfertigt sei.

Die II. J. wies diesen Recurs zurück, „weil sich die angefochtene Verfügung durch den Zweck sowohl, wie durch den Wortlaut des Hofd. vom 29. Mai 1845, JGS Nr. 889, rechtfertige, durch den Zweck des Gesetzes deshalb, weil aus dem Schlusssatze seines § 3 klar hervorgeht, dass der Exscindirungswerber vor unwiederbringlichem Nachtheile geschützt werden soll, sobald nur dem Pfandrechtsbesitzer eine eventuelle Entschädigung gesichert ist, durch den Wortlaut des Gesetzes aber darum, weil von der eben erwähnten Regel die Bestimmung, dass bei hinreichender Bescheinigung auch ohne Sicherstellung des Pfandrechtsbesitzers mit weiteren, den Exscindirungswerber gefährdenden Executionsschritten innezuhalten sei, nur eine Ausnahme bildet, und zwar eine solche, die offenbar nicht zu Gunsten des geklagten Pfandrechtsbesitzers, sondern zu Gunsten des klagenden Exscindirungswerbers, also zum Nachtheile des Ersteren statuirt worden ist.“

Der OGH gab dem von B gegen diese E. eingebrachten a. o. Revisionsrecurse Folge und verfügte die Abweisung der von der A in ihrer Klage am Schlusse gestellten Bitte, alle weiteren Executionsschritte bis zur E. des mit dieser Klage anhängig gemachten Exscindirungsstreites nöthigenfalls gegen Erlag einer Caution zu sistiren, mangels jedweder Bescheinigung ihrer Ansprüche . . . in der Erwägung, „dass das von der Klägerin A in Anspruch genommene Eigenthum an den bezeichneten gepfändeten Fahrnissen durch gar nichts bescheinigt wurde, sondern zur Erweisung des Eigenthumserwerbes lediglich Haupteide aufgetragen worden sind, und in der Erwägung, dass nach Hofd. vom 29. Mai 1845, JGS Nr. 889, die Innehaltung mit den weiteren Executionsschritten nur unter der Voraussetzung beigebrachter Bescheinigung für statthaft erklärt ist, und zwar unbedingt, wenn die beigebrachte Bescheinigung für hinreichend erkannt wird, und bedingt, nämlich gegen Sicherstellung für allen Schaden, wenn die beigebrachte Bescheinigung nicht für hinreichend erkannt wird.“

2997.

Die Versicherungssumme für verbrannte Mobilien ist exequirbar.

E. v. 1. April 1890, Z. 3620. — (Práv. XI ex 93, Seite 386.)
I. KG Tabor.
II. OLG Prag.

In der Executionssache des A gegen B pcto. 75 fl. bewilligte die I. J. die executive Einantwortung eines numerisch gleichen Betrages von der Versicherungssumme per 225 fl., welche B für abgebrannte Mobilien seitens der Versicherungs-Gesellschaft X zu erhalten hatte, worauf über die Eingabe des B um Annullirung dieser Verfügung aus dem Grunde, weil diese Versicherungssumme für nach der Exec.-Nov. unpfändbare Möbel gebühre, die I. J. eine Tagfahrt zur Vernehmung der Parteien und Sachverständigen anordnete.

Dem Recurse des A gegen diesen B. gab die II. J. Folge und wies die Eingabe des B zurück, weil laut des Hofd. vom 18. Juli 1828, JGS Nr. 2534, lediglich die Versicherungssumme für abgebrannte Gebäude, aber nicht jene für abgebrannte Mobilien unexequirbar, und auch die Exec.-Nov. hier unanwendbar ist, indem es sich nicht um Mobiliarpfändung und Schätzung, sondern um executive Einantwortung einer Forderung handelt, auf welche Executionsart dieses Gesetz keinen Bezug nimmt, weil ferner in den §§ 1 bis 5 ib. nur Ausnahmen von der gesetzlichen Execution statuirt werden, welche streng auszulegen sind, abgesehen davon, dass B obige Eingabe erst nach Rechtskräftigwerdung des Executionsbewilligungsbescheides überreicht hat.

Dem Revisionsrecurse des B hat der OGH keine Folge gegeben und zwar aus den richtigen Gründen der II. J.; dies um so mehr, als die Exec.-Nov. die Befreiung von der Mobilar-Execution der besagten Mobilien nur in Folge einer bestimmten Beziehung einräumt, in welcher sie sich zu einer Liegenschaft befinden, so dass diese Befreiung mit dieser Beziehung zugleich beginnt und endet und von einer Anwendung der Exec.-Nov. auch deshalb keine Rede sein kann, weil die Gegenstände, welche in dem betreffenden Immobile sich befanden, nicht mehr existiren.

2998.

Die Giltigkeit einer letzten Willenserklärung oder der Aussagen der über ihren Inhalt vernommenen Zeugen kann nur im gewöhnlichen Rechtswege, nicht aber durch den Abhandlungsrichter angefochten werden.

E. v. 10. April 1890, Z. 3484. — (GZ 24 ex 93, Seite 197.)
I. st.-del. BG Zloczów.
II. OLG Prag.

Nachdem die letztwillige Erklärung des M. ddto. 9. September 1884, deren Ungiltigkeitserklärung seitens der A im Klagswege begehrt wurde,

mittelst rechtskräftigen U. als schriftliche Erklärung des letzten Willens für nicht zu Recht bestehend erklärt worden war, ersuchte der in der gedachten Willenserklärung instituirte Universalerbe B um eidliche Abhörung der „Zeugen des letzten Willens“ des M.

In Erledigung des Zeugenvernehmungsprotocolls wurde dem Begehren des B., dass die Erklärung des letzten Willens vom 9. September 1884 als die letztwillige mündliche Verordnung des M. erkannt werde, keine Folge gegeben.

Gründe:

Aus dem Inhalte der Zeugenaussagen erhellt unzweifelhaft, dass der Erblasser den Entschluss fasste, seinen letzten Willen schriftlich zu erklären, worauf auch der Umstand hindeutet, dass er dem Zeugen E. D. auftrug, seine letzte Willenserklärung zu Papier zu bringen; andererseits wurde nicht erwiesen, dass der Erblasser, sei es ursprünglich, die Absicht gehabt hätte, mündlich zu testiren, sei es später in Abänderung seines auf Abfassung einer schriftlichen Willenserklärung gerichteten früheren Entschlusses zu demjenigen einer mündlichen letztwilligen Verordnung gelangt wäre, und dass er den Zeugen sohin erklärt hätte, mündlich testiren zu wollen. Bei dieser Sachlage kann die in Rede stehende Willenserklärung im Sinne der §§ 565 und 586 ABG als mündliches Testament nicht zu Recht bestehen, zumal die Aussagen der Testamentszeugen unter einander nicht im vollen Einklange sind und daher der Wille des Erblassers nicht klar und deutlich ausgedrückt erscheint.

Ueber den Recurs des B fand das OLG diesen B. abzuändern und zu erkennen, dass bei der Verlassenschaftsabhandlung nach M., dessen mündliche letztwillige Erklärung ddto. 9. September 1884, welche durch die eidlichen Aussagen der Zeugen E. D., W. D. und J. P. dargethan wurde und inhaltlich welcher Recurrent B zum Universalerben ernannt wird, als Grundlage zu dienen habe; denn diese Verfügung entspricht der Vorschrift des § 67 des Abh.-Pat. und es ist nicht Sache des Abhandlungsrichters, sondern vielmehr Sache der Interessenten, die Aussagen der Zeugen des letzten Willens und die letztwillige Erklärung in Bezug auf ihre Giltigkeit in Frage zu stellen (§ 2 cit.).

Der OGH gab dem Revisionsrecurse der A keine Folge, weil die Recurrentin gegen die Vernehmung der Testamentszeugen keine Einsprache erhoben, weil ferner der Erblasser nach den übereinstimmenden Aussagen von vier Zeugen in ihrem Beisein mündlich den letzten Willen erklärte . . ., und weil endlich mittelst rechtskräftigen U. die Klägerin A mit dem Klagsbegehren um E., dass nach M. die gesetzliche Erbfolge stattzufinden habe, abgewiesen wurde.

2999.

Das Expensar ist nur in Bezug auf Streitsachen und blos über Anlangen des Advocaten zu adjustiren.

E. v. 22. April 1890, Z. 4485. — (Práv. VII ex 92.)
I. LG Prag.
II. OLG Prag.

Ueber Recurs des A gegen die E. I. J., laut deren das Ansuchen desselben um Adjustirung des Expensars seines Rechtsfreundes B zur Vernehmung beider Theile auf Grund des Hofd. vom 4. October 1833, JGS Z. 2633, verbeschieden wurde, hat die II. J. das Ansuchen sofort abgewiesen, weil aus dem Expensar hervorgeht, dass dasselbe durchgehends auf in nicht streitigen Angelegenheiten geleistete Rechtshilfe sich bezieht, auf welche das citirte Hofd. unanwendbar ist.

Den o. Revisionsrecurs des A wies der OGH zurück, weil das besagte Hofd. auf das Expensar der Advocaten lediglich in solchen Fällen zur Anwendung zu gelangen hat, in denen nach den Vorschriften der AGO verhandelt wurde, während das behufs Adjustirung vorgelegte Exemplar sich blos auf Rechtsangelegenheiten im ausserstreitigen Verfahren bezieht, daher bezüglich der Entlohnung für die Rechtshilfe in denselben wie bezüglich der Entlohnung eines jeden anderen Bevollmächtigten vorzugehen ist, sobald es sich um die Höhe derselben handelt. Weiters hat auch die gerichtliche Adjustirung des Expensars eines Advokaten, insoweit sie in Gemässheit des citirten Hofd. platzzugreifen hat, lediglich über Ansuchen des Rechtsfreundes, allein keineswegs über jenes seines Clienten stattzufinden, weil das Gericht nicht dazu berufen ist, eine Funtion auszuüben, welche derjenigen ähnelt, die durch den § 19 alinea 2 AO dem Ausschusse der Advocatenkammer zugewiesen erscheint.

3000.

Zulässigkeit der Ergänzung eines rechtskräftigen, in Bezug auf den Gerichtskostenzuspruch unvollständig gebliebenen obergerichtlichen Erkenntnisses.

E. v. 4. Juni 1890, Z. 6458. — (JB 20 ex 92, Seite 241.)
I. st.-del. BG Landstrasse.
II. OLG Wien.

In zweiter Instanz wurde in der Hauptsache ein Erkenntniss nachstehenden Inhaltes geschöpft: Der Geklagte ist nur dann schuldig, den Klagsbetrag sammt Zinsen und Kosten zu bezahlen, wenn Kläger den ad a) sententionirten Haupteid ablegt und wenn ferner der Geklagte den ad b) sententionirten Haupteid nicht ablegt und wenn ferner für den Fall der Ablegung des Eides sub b) der Geklagte den ad c) sententionirten Haupt-

eid nicht ablegt. Ferner heisst es in dem E.: Legt der Kläger den Haupteid a) nicht ab und legt Geklagter den Haupteid b) oder c) ab, so ist das Klagebegehren abzuweisen und der Kläger schuldig, dem Geklagten die Gerichtskosten zu bezahlen.

Ueber von beiden Theilen erfolgte Eidesablegung ist der nachstehende B. der I. J. erflossen: Mit der bei der gestrigen Tagfahrt vom Kläger und vom Geklagten erfolgten Ablegung der im obergerichtlichen U. ad a), resp. b) und c) sententionirten Haupteide erledigt. Mit einer Bestimmung der Kosten beider Theile kann mit Rücksicht auf den Tenor des obergerichtlichen U. nicht vorgegangen werden.

Ueber Recurs des Geklagten hat die II. J. den obigen B., insoferne mit der Bestimmung der Eideskosten beider Theile nicht vorgegangen wurde, behoben und der I. J. aufgetragen, mit der Bestimmung der Eideskosten des Geklagten vorzugehen, dies in der Erwägung, weil aus dem obergerichtlichen U. klar hervorgeht, dass der Kläger mit seinem Begehren nicht nur dann abgewiesen ist, wenn der Kläger den Haupteid a) nicht ablegt, der Geklagte aber den Haupteid b) oder c) ablegt, sondern auch dann, wenn sowohl der Kläger den Haupteid a) als auch der Geklagte die Haupteide b) und c) ablegen, und dass für den Fall, wenn das Klagebegehren abgewiesen, genau enthalten ist, dass der Kläger dann dem Geklagten die Gerichtskosten zu ersetzen hat, es mag nun diese Abweisung wegen Nichtablegung des Haupteides a) durch den Kläger, oder wegen Ablegung der sämmtlichen Eide a), b) und c) durch die beiden Streittheile erfolgen; und weil überhaupt, sobald das Verzeichniss der Gerichtskosten eingelegt wird, der Richter dieselben nach dem Hofd. vom 30. September 1785, JGS Nr. 473 lit. b, zu bestimmen hat, die Frage aber, wen der Ersatz derselben trifft, schon in dem vorausgegangenen U. entschieden ist, in welchem von einer gegenseitigen Aufhebung der Gerichtskosten, zu denen auch die Kosten der Eidesantretung und Ablegung gehören, nicht die Rede ist.

In dem wider diesen obergerichtlichen Erlass ergriffenen Revisions- beziehungsweise Nullitätsrecurse führt Kläger aus, dass laut des rechtskräftigen obergerichtlichen E. in der Hauptsache für den Fall der Ablegung aller Eide [a), b) und c)] überhaupt Niemand zur Zahlung von Gerichtskosten verurtheilt ist, dass ein rechtskräftiges U. nachträglich nicht mehr abzuändern ist und dass der obergerichtliche Auftrag zur Bestimmung der Eideskosten an die I. J. eine Nullität bilde.

Der OGH hat jedoch dem Revisionsrecurse des Klägers keine Folge gegeben und die E. der II. J. bestätigt; dies in der Erwägung, dass zwar das obergerichtliche U. insoferne nicht ganz erschöpfend ist, als es für den Fall, dass beide Streittheile die zugelassenen Eide ablegen würden, betreffs des Gerichtskostenersatzes einen besonderen Ausspruch nicht enthält; dass aber dem Geklagten durch kein Gesetz die Möglichkeit be-

nommen wäre, noch derzeit um die Ergänzung des unvollständig gebliebenen obergerichtlichen Urtheilspruches einzuschreiten und es keinem Anstand und keinem Zweifel unterliegen würde, dieses obergerichtliche U. durch den Ausspruch dahin, dass auch im Falle, als beide Parteien die ihnen bevorgelassenen Haupteide ablegen würden, das Klagebegehren abgewiesen und der Kläger schuldig sei, dem Geklagten die bestimmten Gerichtskosten binnen 14 Tagen nach entschiedener Sachfälligkeit bei sonstiger Execution zu bezahlen und auch in diesem Falle der Kläger seine Appellationskosten selbst zu tragen habe, zu ergänzen; in der Erwägung, dass die Abweisung des Klagebegehrens für den vorerwähnten Fall, dass beide Streittheile die ihnen bevorgelassenen Eide ablegen, im obergerichtlichen U. deutlich zum Ausdruck gebracht ist, indem es darin heisst, dass nur dann, wenn der Kläger den Haupteid a) abgelegt und wenn ferner der Geklagte den Haupteid b) nicht ablegt, und wenn der Geklagte im Falle des Haupteides b) jenen sub c) sententionirten Haupteid nicht ablegt, schuldig ist, dem Kläger den eingeklagten Betrag sammt Zinsen und Kosten zu bezahlen und indem hierdurch zugleich festgesetzt ist, dass der Geklagte damals, wenn der Kläger den Haupteid a) zwar ablegt, der Geklagte aber die ihm sub b) und c) bevorgelassenen Eide abschwört, zur Zahlung des eingeklagten Betrages nicht verpflichtet ist und dass somit in solchem Falle das Klagebegehren abgewiesen sei, die Processkostenersatzpflicht des Sachfälligen aber nothwendige gesetzliche Folge der Sachfälligkeit nach § 24 der Proc.-Nov.; in der Erwägung, dass bei solcher, keinem Zweifel unterliegenden Sach- und Rechtslage es nicht für gegen eine gesetzliche Vorschrift verstossend erkannt worden kann, wenn das Obergericht in vollkommen richtiger Auslegung seines Urtheilsspruches, ohne vorerst diesen Urtheilsspruch in dem in Rede stehenden Punkte zu ergänzen, die behufs der E. des Appellationsrecurses des Geklagten zur Beantwortung zu bringende Vorfrage, ob nach dem Ergebnisse der Eidesablegungen die Verpflichtung des Klägers zum Gerichtskostenersatze an den Geklagten im Grunde des erflossenen U. dargethan ist, in der Weise, wie es geschah, zu beantworten, gegen welchen obergerichtlichen, im Recurswege erflossenen Ausspruch dem Kläger das Recht zur Beschwerdeführung an die dritte Instanz zustand, und von ihm auch davon Gebrauch gemacht ist, wie gegen eine nachträgliche, seitens des Obergerichtes den Parteien hinausgegebene Ergänzung seines Urtheilsspruches selbst.

3001.

Die Verpflichtung zur Rechnungslegung geht auch auf die Erben des Mandatars über.

E. v. 24. Juni 1890, Z. 7172. — (GH 22 ex 93, Seite 192.)

Mittelst Vertrages vom 8. Juni 1869 verkauften die Eheleute Franz und Barbara Z. die Wirthschaft Nr. C. 12 in S. um 12.000 fl. den Eheleuten Wenzel und Katharina M.

Die Käufer zahlten baar 4000 fl., den Kaufschillingsrest per 8000 fl. hatten die Eheleute Wenzel und Katharina M. über Auftrag der Verkäufer dem Adolf B. in Monatsraten zu je 1000 fl. zu dem Zwecke zu übergeben, dass Adolf B. die bücherlichen Schulden auf der Wirthschaft Nr. C. 12 in S. bezahle.

Adolf B. verstarb im Jahre 1874 ohne Rechnungslegung — die Verlassenschaft desselben wurde mit der Einantwortungsurkunde vom Jahre 1875 der Gattin Theresia B. übergeben.

Ebenso war inzwischen Franz Z. verstorben. Die Mitverkäuferin Barbara Z. klagte deshalb:

Theresia B. als Universalerbin nach Adolf B. sei schuldig, die mit ordentlichen Belegen versehene Rechnung betreffs des Betrages von 8000 fl. zu legen, welche Beträge dem Adolf B. zur Begleichung der bücherlichen auf Nr. C. 12 in S. haftenden, von den Eheleuten Wenzel und Katharina M. durch den Kaufvertrag vom 8. Juni 1869 zur Zahlung nicht übernommenen Schulden übergeben wurden.

Eingewendet wurde, dass die active Legitimation abgehe, da Barbara Z. nur mit den Erben des verstorbenen Franz Z. klagen könnte.

Auch die passive Klagslegitimation fehle; jedes Mandatsverhältniss so auch die mit einem solchen verbundene Pflicht zur Rechnungslegung sei ein höchst persönliches, ein eminentes Vertrauensverhältniss, die Rechnungslegung eine höchst persönliche Leistung auf eigenes Thun und Lassen sich gründend, für den Erben nicht möglich, und erlösche die Pflicht mit dem Tode des Verpflichteten — Theresia B. sei auch nicht die einzige Erbin nach Adolf B. — da sie als Erbtheil nach B. 9000 fl., jedes der 5 Kinder als Pflichttheil 300 fl. erhalten habe.

Die I. J. hat die Klage abgewiesen; denn nach der Klagsdarstellung ergebe sich ein Bevollmächtigungsverhältniss zwischen den Eheleuten Franz und Barbara Z. und dem Adolf B. (§ 1002 ABG). Nach § 1025 ABG werde durch den Tod des Gewalthabers der Bevollmächtigungsvertrag aufgehoben und haben die Erben blos die Verpflichtung, die Geschäfte, welche keinen Aufschub leiden, zu besorgen, woraus sich ergebe, dass die Ausübung der Bevollmächtigung, somit auch die Verpflichtung zur Rechnungslegung auf die Erben nicht übergehen (§§ 532 und 548 ABG).

Die Verpflichtung, welche das rechtliche Verhältniss dem Erblasser gegenüber einer dritten Person auferlege, welche auf besondere Fähigkeiten oder geistige Eigenschaften oder Kenntnisse des Erblassers sich stütze, könne nicht auf den Erben übergehen, die Rechnungslegung sei an die Person des Bevollmächtigten gebunden. Materielle Verpflichtungen aus der Handlung des Bevollmächtigien übergehen wohl an die Erben und hätte die Klage gegen die Erben des Adolf B. dahin gehen sollen, dass dieselben verpflichtet seien, der Klägerin die Summe, welche dem Adolf B. zum besagten Zwecke übergeben worden, zu bezahlen, weil Adolf B. die Verwendung zu diesem Zwecke nicht nachgewiesen habe, und hätten dann die Erben die Beweise über die Bezahlung und Erlöschung des Klagsanspruches beiznbringen gehabt.

Zudem sei Theresia B. nicht allein als Rechtsnachfolgerin ihres Gatten Adolf B. zu klagen gewesen, sondern mit ihr die Kinder des Erblassers, die als Pflichttheilsberechtigte gleichfalls als Erben anzusehen seien, da der Pflichttheil ein aliquoter Theil des Nachlasses ist und das Gesetz in den §§ 770, 773 und 775 ABG die Pflichttheilsberechtigten Notherben nennt.

In der Appellationsbeschwerde macht Barbara Z. geltend, dass die Verpflichtung zur Rechnungslegung, wie eine andere Verbindlichkeit, auf die Erben übergehe, nicht ausschliesslich eine persönliche Verpflichtung sei, die Rechnungslegung sei für die Universalerbin Theresia B. auch nicht unmöglich, und habe Theresia B. auch angeführt, welche Schulden ihr Gatte Adolf B. bezahlt habe.

In der Appellationseinrede wird ausgeführt, dass unter den auf persönlichen Verhältnissen sich gründenden Rechten und Verbindlichkeiten nicht blos die im ersten Theile des ABG enthaltenen Personenrechte inbegriffen seien, z. B. persönliche Servituten. Im § 531 ABG stehe nicht, Personenrechte wie im § 1481 ABG Rechte aus der väterlichen Gewalt und ebenso Verbindlichkeiten erlöschen mit dem Tode des Vaters, des Kindes, es müsse deshalb der Ausdruck des § 531 ABG „in blos persönlichen Verhältnissen“ ein weiterer sein. Es müssen alle jene Verhältnisse als blos persönliche im Sinne des § 531 ABG angesehen werden, welche mit der Person eines Theiles so innig zusammenhängen, dass keine andere Person deren Stelle in dem betreffenden Rechtsverhältnisse ausfüllen kann, vor Allem die Rechtsverhältnisse, welche sich als ein eminentes Vertrauensverhältniss, so Vollmacht (§ 1022 ABG) darstellen.

Abgesehen von der blos persönlichen Natur des ganzen Vollmachtsverhältnisses ist der Uebergang der Verpflichtung zur Rechnungslegung ausgeschlossen, weil die Fähigkeit, Rechnung zu legen, mit der Person des Gewalthabers untrennbar verbunden sei. Von Handlungen, auf Grund der Vollmacht vorgenommen, könne nur der Gewalthaber erschöpfende Kenntniss haben — von Zufälligkeiten abgesehen, Aufzeichnungen und

sonstige Urkunden können die Fähigkeit zur Rechnungslegung nicht herstellen, weil nur der Gewalthaber wissen kann, was die Aufzeichnungen bezwecken.

Die Klage sei auch mangels activer und passiver Klagslegitimation abzuweisen gewesen, weil Barbara Z. gemeinschaftlich mit ihrem Ehegatten Franz Z., beziehungsweise dessen Erben nicht die Theresia B. allein, sondern alle Erben des Adolf B. hätten klagen sollen.

Das OLG hat das U. I. J. bestätigt, und zwar aus nachstehenden

Gründen:

Die vom ersten Richter vertretene Rechtsanschauung, es könne, nachdem das Vollmachtsverhältniss durch den Tod des Mandatars erloschen, die Verpflichtung zur Rechnungslegung als eine rein persönliche und somit keine Vermögensleistung auf die Erben nicht übergehen, vermag das Obergericht nicht zu theilen.

Allerdings werde gemäss § 1022 ABG die Vollmacht durch den Tod des Gewalthabers aufgelöst, dies könne jedoch nur die rechtliche Folge haben, dass weitere Rechtsgeschäfte, mit Ausnahme der im § 1022 ABG normirten Fälle, nicht mehr ausgeübt werden können, die durch das Mandatsverhältniss begründeten gegenseitigen Rechtsansprüche des Mandanten und Mandatars werden jedoch durch die Aufhebung des Mandates nicht berührt (§ 1020 ABG).

Wäre das Vollmachtsverhältniss in anderer Weise als durch den Tod des Gewalthabers aufgelöst worden, so wäre Adolf B. gewiss verpflichtet gewesen, für die Zeit der Dauer des Vollmachtsverhältnisses gemäss § 1012 ABG Rechnung zu legen. Diese Verpflichtung muss daher auch bei Auflösung des Bevollmächtigungsverhältnisses durch den Tod des Mandatars existent geworden sein, da in dieser Hinsicht zwischen den einzelnen Auflösungsarten des Mandatsvertrages ein Unterschied gesetzlich nicht normirt ist. Bestand zur Zeit des Todes des Adolf B. für denselben die Verpflichtung zur Rechnungslegung, so kann es keinem Zweifel unterliegen, dass eine solche auch von dessen Erben gefordert werden kann; denn die Rechnungslegung ist keineswegs eine höchst persönliche Leistung, da die Rechnung auf Grund der vorhandenen Behelfe auch von einem Dritten gelegt, und der Mandant durch den Tod des Mandatars in seinem wohlerworbenen Rechte nicht verkürzt werden kann. Bei der Rechnungslegung trete die Arbeit gegen den eigentlichen Zweck der Rechnungslegung, die Abgrenzung des Vermögens des einen Theiles von dem des anderen Theiles zurück.

Die Anschauung des ersten Richters, dass die Klage auf Herausgabe der dem Adolf B. übergebenen, von ihm jedoch nicht verwendeten Geldsumme hätte gerichtet sein sollen, ist als unrichtig zu bezeichnen. weil erst auf Grund der Rechnungslegung sichergestellt werden kann, ob

und welchen Betrag die Klägerin aus dem Vollmachtsverhältnisse gegen den Erben nach Adolf B. anzusprechen hat, und somit nur die Rechnungslegung das Substrat für die diesbezügliche Klage geben kann.

Was die active Klagslegitimation betrifft, so muss es, wenn zwei Personen eine dritte Person zu einem Geschäfte bevollmächtigen, Jedem der beiden Mandanten freistehen, seine Rechte aus dem Mandatsverhältnisse geltend zu machen, nachdem der Mandatar Jedem der Mandanten gleichmässig nach dem 22. Hauptstücke verpflichtet ist, Jeder für sich allein die Rechnungslegung verlangen kann.

Betreffs der passiven Klagslegitimation führt Geklagte selbst an, dass die Kinder des Adolf B. nur Pflichttheilsberechtigte sind, der Pflichttheil braucht eben nach § 774 ABG nicht in Gestalt eines Erbtheiles bestimmt zu werden, und der Pflichttheilsberechtigte ist deshalb nur Gläubiger des Erben, nicht Erbe oder Repräsentant des Erblassers. Abgesehen hievon ist die Rechnungslegung eine untheilbare Leistung, die nicht von den etwaigen einzelnen Erben von Jedem theilweise gelegt werden kann.

Die Verpflichtung der Geklagten zur Rechnungslegung, insofern der Erblasser hiezu verpflichtet war, ist somit ausser Zweifel gesetzt.

Klägerin begehrt die Rechnungslegung bezüglich des Betrages per 8000 fl.; es muss daher sichergestellt sein, dass dem Adolf B. dieser Betrag thatsächlich ausbezahlt worden ist. Nachdem dieser Umstand seitens der Geklagten widersprochen werde, hat die Klägerin den Beweis durch die vorgelegten Quittungen und durch die Zeugen Eheleute Wenzel und Katharina M., Käufer der Realität, angeboten. Die Quittungen wurden jedoch blos in copia vidimata vorgelegt und für bedenklich erklärt, daher nach § 129 AGO kein Beweis vorliegt, dass Adolf B. die in den Quittungen angeführten Beträge von den Eheleuten Wenzel und Katharina M. erhalten hat, und der durch die Zeugen die Eheleute Wenzel und Katharina M. — geführte Beweis ist auch nicht gelungen, die behauptete Zahlung des Betrages per 8000 fl. an Adolf B. steht somit beweislos da, die Klage wurde demzufolge abgewiesen.

Der OGH hat über die a. o. Revision der Klägerin die beiden untergerichtlichen U. abgeändert und zu Recht erkannt:

Die Geklagte Theresia B. ist nur dann schuldig, der Klägerin Barbara Z. eine mit den gehörigen Belegen versehene Rechnung über den dem Adolf B. behufs Begleichung der auf der Realität Nr.-C. 12 in S. aushaftenden, von den Eheleuten M. mit dem Kaufvertrage vom 8. Juni 1869 zur Zahlung übernommenen bücherlichen Schulden angewiesenen Betrag per 8000 fl. binnen 14 Tagen bei Execution zu legen, wenn die Klägerin durch den der Geklagten aufgetragenen referiblen Haupteid den Beweis herstellt: „dass Adolf B. die Vertragsurkunde vom 9. Juni 1869 über den Verkauf der Realität Nr.-C 12 in S. an die Eheleute Wenzel und Katharina M. mitunterschrieben habe“.

Denn die Legitimation der Klägerin zur Klage gegen die Belangte und zwar sowohl die active als passive Legitimation ist vorhanden. Zu den in dieser Beziehung richtigen Ausführungen des OLG wird beigefügt:

Die Klägerin war Mitverkäuferin der Realität Nr. C. 12 in S. und Gläubiger der Hälfte des Kaufschillings. Wird das behauptete Mandat bewiesen sein, so kann ihr als Auftraggeberin das Recht, Rechnung zu begehren, aus dem Grunde allein, dass noch eine zweite Person das Mandat ertheilt hat, nicht abgesprochen werden, zumal Geklagte nicht einwendet, dass dieser zweiten Person bereits eine Rechnung über dieselbe Verwaltung gelegt worden wäre.

Die Geklagte andererseits ist nach der von ihr selbst beigebrachten Einantwortungsurkunde Rechtsnachfolgerin des (angeblichen) Mandatars Adolf B., und zwar rücksichtlich des gesammten Nachlasses, da ihr laut dieser Einantwortungsurkunde der gesammte Nachlass im Werthe von 20.090 fl. in den rechtlichen Besitz übergeben worden ist und den Kindern blos Geldbeträge zuerkannt wurden.

Die Rechtsfrage, ob der Erbe verpflichtet sei, über eine vom Erblasser geführte Verwaltung Rechnung zu legen, hat das OLG bejahend richtig beantwortet.

Das Gesetz handelt in den §§ 1020 bis 1026 ABG nur von der Auflösung des Bevollmächtigungsvertrages durch Widerruf, Aufkündigung den Tod oder die Concurseröffnung und bestimmt keineswegs, dass die in Folge des Mandats bereits entstandenen Rechte und Verbindlichkeiten durch Auflösung des Mandats erloschen sind.

Die Verbindlichkeit, über die Geschäftsführung Rechnung zu legen (§ 1012 ABG), beruht auf keinem solchen Vermögensverhältnisse, welches seiner Natur nach oder zufolge positiver Anordnungen an die bestimmte Person gebunden wäre und mit ihr untergehen würde; die Verpflichtung, Rechnung zu legen, geht somit auf den Erben des Mandatars über.

Ob die Rechnungslegung für den Erben mehr oder minder beschwerlich sein wird, kann die Rechtsfrage nicht beeinflussen, zumal es dem Mandatar oblag, das Material für die zu legende Rechnung zu sammeln und bereit zu halten.

Die von dem OLG ausgesprochene Rechtsansicht, dass die Klägerin, um die Rechnungslegung verlangen zu können, nicht nur das Vollmachtsverhältniss, sondern auch den Umstand nachzuweisen habe, dass der Mandatar gewisse Geldbeträge während der Geschäftsführung eingenommen habe, sei nicht haltbar.

Gemäss §§ 1012 und 1039 ABG entsteht die Verbindlichkeit zur Rechnungslegung schon aus der Geschäftsführung allein, und zwar sei es aus der Geschäftsführung in Folge Mandats, sei es aus der Geschäftsführung ohne Auftrag; die Frage, ob und wieviel der Geschäftsführer eingenommen hat, ist für die Verpflichtung, ob Rechnung gelegt werden

soll, unentscheidend; erst in dem der Rechnungslegung nachfolgenden Rechnungsprocesse wird auszutragen sein, ob und welche Einnahmen der Geschäftsführer hatte.

Eine Geschäftsführung ohne Auftrag kann aus der von der Geklagten zugestandenen blossen Thatsache, dass Adolf B. gewisse auf Nr. C 12 in S. haftende Schulden bezahlt habe, verlässlich nicht gefolgert werden, da es nicht ausgeschlossen ist, dass die Zahlung aus anderen Gründen erfolgte; auch behaupte die Klägerin keine Geschäftsführung ohne Auftrag, sondern geradezu ein Mandat, es liegt daher der Klägerin ob, das Mandat nachzuweisen. Dieses Mandat enthält klar der Vertrag vom 8. Juni 1869, den Adolf B. unterschrieben haben soll. Wird die bestrittene Echtheit der Unterschrift des Adolf B. auf diesem Vertrage nachgewiesen sein, so entstand schon hieraus für den Mandatar Adolf B. und folgerichtig auch für die Geklagte Theresia B. die Verbindlichkeit zur Rechnungslegung.

Die unbedingte Abweisung der Klage ist daher eine Ungerechtigkeit im Sinne des Hofd. vom 15. Februar 1833 und darum die Abänderung der gleichförmigen U. gerechtfertigt.

3002.

Der Executionsführer hat im Executionsgesuche, wenn es sich um Gegenstände handelt, welche sich im Besitze dritter Personen befinden, jene Gegenstände zu bezeichnen, welche gepfändet werden sollen.

E. v. 16. September 1890, Z. 9015. — (GH 48 ex 91, Seite 388.)
I. LG als HG Krakau.
II. OLG Krakau.

In der Wechselstreitsache des Moses B. wider die Verlassenschaftsmasse des Jaroslaus G. wegen Zahlung von 263 fl. ö. W. s. N.-G. hat die I. J., dem Begehren des Klägers willfahrend, auf Grund der noch nicht rechtskräftigen Zahlungsauflage zur Sicherstellung der Forderung von 263 fl. ö. W. s. N.-G. die Pfändung, Schätzung, enge Sperre und Transferirung der zum Nachlasse nach Jaroslaus G. gehörigen, im Besitze der Melanie Gräfin M., der Dora v. G. und der Wera v. G. sich befindenden Fahrnisse bewilligt und die Vollzugsverfügung mit dem Beisatze getroffen, dass der Kläger die zu pfändenden Gegenstände zu bezeichnen hat und dass die bewilligte Execution nur nach Massgabe der Bestimmungen des § 4 des Hofd. vom 29. Mai 1845, JGS Nr. 889, vorzunehmen ist.

Ueber den Recurs der Melanie Gräfin M., der Dora v. G. und der Wera v. G. hat die II. J. den erstrichterlichen B. dahin abgeändert, dass jenes Executionsgesuch abgewiesen werde.

Dem gegen diese Reformatentscheidung eingebrachten Revisionsrecurse des Executionsklägers wurde vom OGH keine Folge gegeben, weil unter der dem Gläubiger im § 411 wg. GO (§ 311 AGO) vorgeschriebenen „Namhaftmachung“ der Güter, aus welchen er seine Befrie-

digung finden will, wenn es sich um Gegenstände des Schuldners handelt, welche sich im Besitze dritter Personen befinden, eine ganz allgemeine Angabe, wie im vorliegenden Falle nicht verstanden werden kann und wie sich dies auch aus dem § 4 des Hofd. vom 29. Mai 1845, JGS Nr. 889, ergibt, die in Execution zu ziehenden Fahrnisse genau zu bezeichnen sind, da sonst die in diesem Paragraphe vorgesehene Pfändungs-Verordnung dem Inhaber der zu pfändenden Sachen mit der seine Haftung begründenden Wirkung gar nicht zugefertigt werden könnte, wozu noch kommt, dass es gesetzlich nicht in das freie Belieben des Gläubigers gestellt ist, welche Sachen er als zum Nachlasse seines Schuldners gehörig angesehen haben will (§ 802 ABG, §§ 92, 97 des Abh.-Pat.).

3003.

Auch im mündlichen Verfahren nach Wechselrecht sind alle Einwendungen in der Einrede anzubringen.

E. v. 25. September 1890, Z. 10107. — (JB 34 ex 92, Seite 409.)

I. KG Budweis.
II. OLG Prag.

Ueber die Wechselklage des A gegen B als Acceptanten des Klagewechsels per 1500 fl. ordnete die I. J. eine Tagfahrt zur mündlichen Verhandlung nach Wechselrecht an, weil auf dem Wechsel das Domicil durchstrichen war. In der Replik rechtfertigt der Kläger die Durchstreichung damit, dass der Domicilvermerk erst nach der Acceptation hinzugefügt wurde, um den Wechsel bankfähig zu machen, weshalb Kläger geradezu verpflichtet war, nach Erreichung dieses Zweckes den Domicilvermerk noch vor der Verfallszeit wieder durchzustreichen. Der Geklagte B wendete dagegen ein, erstens, er habe wohl den Klagewechsel unterschrieben, jedoch nur als unausgefülltes Wechselblanquett, zweitens befand sich auf dem Wechsel das dermal durchstrichene Domicil, und da der Wechsel nicht protestirt wurde, sei der wechselrechtliche Anspruch erloschen, und drittens habe der Kläger gegen den Geklagten, seine Gattin und seinen Sohn bei dem BG in F. eine Klage auf Zahlung von 2096·69 fl. eingebracht und darin behauptet, dass er sich am 23. Februar 1889 über die den Geklagten gegebenen baaren Darlehen und ihnen creditirten Waaren mit denselben verrechnete, wobei sich für ihn mit Ende 1888 ein Guthaben von 2096·69 fl. ergab. Mit dieser Klage wurde Kläger A rechtskräftig abgewiesen. Auf diese angebliche, vom Geklagten B geleugnete Forderung habe dieser ein Wechselblanquett unterfertigt, das Kläger A ausfüllte, und das jetzt als Klagewechsel vorliegt.

Die I. J. hat die Klage des A abgewiesen aus folgenden

Gründen:

Geklagter hat ausdrücklich zugestanden, den Klagewechsel in bianco unterschrieben zu haben, da aber derselbe weder behauptete, geschweige

denn nachwies, dass Kläger mit der Ausfüllung des Wechsels einen rechtswidrigen Gebrauch gemacht hatte, so konnte diese Einwendung nicht berücksichtigt werden. Ebensowenig die zweite, betreffend den Mangel der Protesterhebung, da aus der Behauptung des Geklagten, blos ein Wechselblanquett unterschrieben zu haben, folgt, dass ein Domicilvermerk zur Zeit der Acceptation auf dem Wechsel sich nicht vorfand und der gegenwärtig vorhandene durchstrichene Domicilvermerk nach Analogie des Art. 36 W. O. als nicht beigesetzt anzusehen ist, und überdies Geklagter weder behauptete noch bewies, dass mit der Urkunde ein Missbrauch getrieben wurde. Dagegen musste wegen der dritten Einwendung die Klage abgewiesen werden. Kläger gibt nämlich zu, auf seine Forderung gegen den Geklagten per 2096·69 fl. ein Wechselblanquett erhalten zu haben, das er als Klagewechsel einklagte. Hiernach stellt sich der Klagewechsel als blosser Deckungswechsel dar, den Geklagter dem Kläger zur Sicherstellung seiner angeblichen gemeinrechtlichen Forderung per 2096·69 fl. gegeben hat. Dass dies richtig ist, ergibt sich aus den Behauptungen der vom Kläger gegen den Geklagten, seine Gattin und seinen Sohn auf Zahlung eben dieser 2096·69 fl. beim BG in F. überreichten Klage, weil Kläger seine Gesammtforderung aus baaren Darlehen und Waarenabnahmen mit dem eingeklagten Betrage per 2096·69 fl. angibt und davon, dass ein Theilbetrag per 1500 fl. mit dem Klagewechsel getilgt worden wäre, nichts erwähnt, sonach denselben selbst nicht als Zahlung seiner gemeinrechtlichen Forderung ansieht. Bei Erhebung des Zahlungsanspruches aus einem Deckungswechsel liegt aber dem Kläger der Beweis über den Bestand einer Forderung ob; diesen Beweis hat Kläger nicht erbracht, im Gegentheile hat Geklagter durch Vorlage der im obangeführten Stritte peto. 2096·69 fl. erflossenen U. I. und II. J. nachgewiesen, dass Kläger mit dem Anspruche auf Zahlung dieser Summe rechtskräftig abgewiesen wurde. Da somit die gemeinrechtliche Gesammtforderung des Klägers blos 2096·69 fl. betrug und dieser Anspruch dem Kläger rechtskräftig aberkannt erscheint, so kann er auch aus dem für denselben Anspruch erhaltenen Deckungswechsel per 1500 fl. mit Recht eine Zahlung nicht beanspruchen.

Die II. J. änderte diese E. I. J. ab und verurtheilte den Geklagten zur Zahlung des Wechselbetrages per 1500 fl.

Gründe:

Allerdings ist die in der Appellationsbeschwerde vertretene Ansicht, dass die Einwendung, es handle sich um einen Deckungswechsel, als erst in der Duplik geltend gemacht, nicht zu beachten sei, nicht richtig, weil über die Wechselklage sofort die Tagfahrt angeordnet wurde, und für das weitere Verfahren der § 25 des Hofd. vom 24. October 1845, Nr. 906, zur Anwendung zu kommen hat, zufolge dessen neue Einwendungen auch im Zuge des Verfahrens vorgebracht werden können. Doch handelt es sich

im vorliegenden Falle nicht um einen Deckungswechsel. Es ergibt sich dies aus der eigenen Anführung des Geklagten in der Einrede, nach welcher der Kläger dem Geklagten das Wechselblanquett zur Unterschrift übergeben und Geklagter dasselbe auch unterschrieben hat, damit Kläger etwas darüber, was Geklagter ihm schuldig sei, in Händen habe. Damit anerkannte der Geklagte, dass er thatsächlich den Wechsel über eine bestehende Schuld ausgestellt habe und war es seine Sache gewesen, das Erlöschen dieser Schuld zu erweisen. Aus dem im Stritte pcto. 2096 fl. ergangenen U. kann auf das Erlöschen dieser Schuld nicht geschlossen werden, und es steht dem dermaligen Klagebegehren der Umstand nicht entgegen, dass der Kläger in jenem Stritte sachfällig geworden ist, weil, wie aus den vorgelegten Acten sich ergibt, Grundlage jener Klage eine von dem Kläger behauptete Verrechnung und Anerkennung der ganzen Schuld war, und die Abweisung erfolgte, weil Kläger diese Anerkennung nicht erwiesen hat, die Wechselforderung aber immer zu Recht bestehen kann, wenn auch die Verrechnung und Anerkennung der ganzen Schuld nicht erwiesen würde.

Der OGH bestätigte diese E. der II. J., denn auf die erst in der Duplik vorgebrachte Einwendung, es sei der Klagewechsel lit. A nur als Deckungswechsel gegeben worden und als solcher zu behandeln, kann kein Bedacht genommen werden, weil zufolge des auch im Wechselverfahren massgebenden § 25 des Justizhofd. v. 24. October 1845, JGS Nr. 906, alle Einwendungen in der Einrede anzubringen sind und bis zum Schlusse der Verhandlung nur früher aus Versehen übergegangene Beweismittel nachzuholen gestattet ist. Die übrigen Einwendungen fanden ihre zutreffende Widerlegung von Seite des Oberrichters.

3004.

Der Richter ist weder berechtigt, noch verpflichtet, die Originalien vorzuweisen, mögen dieselben auch in den Gerichtsacten sich befinden.

E. v. 1. October 1890, Z. 9531. — (GZ 21 ex 92, Seite 175.)

I. KG Zloczów.
II. OLG Lemberg.

Nachdem in dem schriftlich verhandelten Rechtsstreite der A gegen B wegen Manifestirung des nach C hinterbliebenen Nachlassvermögens die Klägerin bei der zur Einsicht der Originalien der Klagsbeilagen angeordneten Tagsatzung nicht erschienen war, wurden dieselben über das Begehren der Belangten im Sinne des § 197 wg. GO für nicht vorgewiesen erklärt.

Das OLG bestätigte diese erstrichterliche E. als in der Vorschrift des § 197 cit. und Hofd. vom 13. Jänner 1794, JGS Nr. 145, gegründet, in der Erwägung, dass der Richter nach § 1 wg. GO niemals von Amts-

wegen verfahren darf, demnach weder berechtigt, noch verpflichtet war, die Originalien der Klagsbeilagen, wiewohl dieselben in den Gerichtsacten sich befanden, den Belangten vorzuweisen und um so weniger die Belangten dazu verhalten werden können, diese Originalien aus den Acten selbst auszusuchen, als gemäss des angeführten § 197 die Klägerin verpflichtet war, die besagten Originalien bei der hierzu angeordneten Tagsatzung den Belangten zur Einsicht vorzulegen, und da sie dies zu thun unterliess und von jener Tagsatzung ausblieb, sie die daraus entstandenen Folgen ausschliesslich zu tragen hat. In dem a. o. Revisionsrecurse führte die Klägerin aus, dass im Sinne des § 193 wg. GO der Beweisführer blos gehalten sei, die Einsicht der Originalien dem Gegentheile über dessen zeitgerechtes Verlangen zu gestatten, dass die §§ 193 und 197 wg. GO zum Unterschiede von der Bestimmung des § 30 Summ.-Verf. keinerlei Weisung für den Fall enthalten, wenn die Originalien bei Gericht oder bei einer anderen öffentlichen Behörde in Verwahrung sich befinden, und dass das Erscheinen der Klägerin zu der in Rede stehenden Tagsatzung gar nicht nöthig war, weil die Belangten die Einsicht der Originalien selbst vornehmen konnten.

Der OGH hat diesen a. o. Revisionsrecurs bei Abgang der Voraussetzungen des Hofd. vom 15. Februar 1833, JGS Nr. 2593, zu verwerfen befunden, zumal der erste Richter dem Begehren der Klägerin entsprochen und zu der behufs der vorzunehmenden Originaleinsicht abzuhaltenden Tagsatzung die nothwendigen Urkunden, insoweit dieselben in der Verwahrung anderer Gerichte und der eigenen Registratur sich befanden, bereitgehalten hat, es somit Sache der Klägerin war, gemäss § 197 wg. GO entweder persönlich oder durch einen Bevollmächtigten bei der angeordneten Tagsatzung zu erscheinen und diese Urkunden dem Gegentheile vorzuweisen, und da sie bei der Tagsatzung nicht erschienen ist, die angefochtenen E. in der Vorschrift des § 197 cit. gegründet erscheinen.

3005.

Wenn der gegen ein bedingtes U. ergriffenen a. o. Revisionsbeschwerde keine Folge gegeben wurde, hat der Revisionswerber die Kosten III. J. ohne Rücksicht auf den Ausgang des Processes in der Hauptsache zu tragen.

E. v. 16. October 1890, Z. 8238. — (GZ 16 ex 92, Seite 127.)

Der OGH hat in der schriftlichen Rechtssache des A gegen B pcto. Zahlung von 850 fl. s. N. G., in welcher die I. J. und über Appellation des Klägers die II. J. gleichförmig bedingt, nach dem Klagebegehren erkannt hatten, dem a. o. Revisionsbegehren des Klägers mit dem keine Folge zu geben befunden, dass der Kläger die Revisionskosten zu tragen

und dem Geklagten die Kosten der Revisionseinrede per 10 fl. binnen 14 Tagen unbedingt zu vergüten hat.

In den oberstrichterlichen Entscheidungsgründen heisst es: Als mit der Revision sachfällig hat der Kläger die Kosten der III. J., welche als zur zwekentsprechenden Rechtsverfolgung auf seiner Seite nothwendig nicht angesehen werden können, ohne Rücksicht auf den Ausgang des Processes in der Hauptsache unbedingt zu tragen, rücksichtlich sie dem Gegner zu vergüten (§ 24 und 26 Proc.-Nov.).

3006.

1. Competenz des hierländigen Gerichtes für einen Angehörigen des Deutschen Reiches, wenn sich im Sprengel der angerufenen Instanz ein Vermögen dieser Person befindet.

2. Die Klage auf Schadenersatz gegen den Faustpfandgläubiger verjährt nicht gemäss § 967 ABG binnen 30 Tagen, sondern unterliegt der dreijährigen Verjährungsfrist gemäss § 1489 ABG.

E. v. 22. October 1890, Z. 1022. — (GH 40 ex 91, Seite 322.)

I. BG Teplitz.
II. OLG Prag.

Johann H., Kürschner in T., vertreten durch Dr. A. B., Advocaten in T., belangte die Firma J. C., Wollhutfabrikanten in Berlin, beim hierländigen BG T. und stellte nachstehendes Begehren:

„Die geklagte Firma J. C. in Berlin sei schuldig, den durch Unterlassung der genauen Verwahrung der ihr zur Sicherstellung zweier Forderungen von zusammen 491·35 M. am 31. März 1888 als Faustpfand übergebenen Kürschner- und Pelzwaaren zugefügten Schaden im Gesammtbetrage von 110·60 fl. zu ersetzen.“

Die geklagte Firma wendete zunächst die Incompetenz ein.

Die I. J. erkannte gemäss dem Klagebegehren unter Abweisung der Incompetenzeinwenduug aus nachstehenden, den Sachverhalt erschöpfenden

Gründen:

Durch die Beilage lit. J. ad N. R. (Bescheinigung ausgefertigt vom kgl. preussischen JM. ddto. Berlin den 31. Jänner 1889) erscheint nachgewiesen, dass für Klagen wegen vermögensrechtlicher Ansprüche gegen Personen, welche im Deutschen Reiche keinen Wohnsitz haben, sohin auch Ausländer, jenes Gericht zuständig sei, in dessen Bezirk sich ein Vermögen dieser Personen sich befindet, ferner dass bei Forderungen als der Ort, wo das Vermögen sich befindet, der Wohnsitz des Schuldners gelte, endlich dass diese Bestimmung für den ganzen Umfang des Deutschen Reiches Geltung habe.

Nachdem die Behauptung des Klägers, dass die geklagte Firma mehrere offene Buchforderungen gegen den Kläger selbst ausstehen habe, nicht widersprochen erscheint, sohin gemäss § 11 AGO diese Angabe für wahr gehalten werden muss, ist gemäss § 29 lit. d JN die Competenz des BG T. zur E. über die vorliegende Klage vollkommen begründet, da das die zwischen Preussen und Oesterreich obwaltende Gegenseitigkeit (Reciprocität), verbürgende Hofd. vom 18. Mai 1792, JGS Nr. 16, bisher nicht aufgehoben wurde.

Die Berufung der geklagten Firma darauf, dass die Frage, ob sich in dem Sprengel der I. J. thatsächlich ein Vermögen derselben befinde, nach österreichischem Rechte zu lösen sei, sowie die Anziehung des § 300 ABG vermag nicht die ausgesprochene Ansicht zu widerlegen, da dem erwiesenen Wortlaute des § 24 der deutschen Reichscivilprocessordnung vom 30. Jänner 1877 nach bei ausstehenden Forderungen zum Zwecke der Begründung des Gerichtsstandes in Preussen eine processuale Fiction geschaffen ist, welche bei herrschender Gegenseitigkeit auch vom österreichischen Richter zur Anwendung gebracht werden muss.

Es konnte daher der erhobenen Einwendung der Incompetenz keine Folge gegeben werden.

Was nun die Klage des Johann H. selbst anbelangt, so wird mit derselben der Ersatz des dem Kläger durch angebliche Unterlassung der genauen Verwahrung der der geklagten Firma als Faustpfand übergebenen Kürschner- und Pelzwaaren zugefügten Schadens von 110·60 fl. beansprucht. Durch die übereinstimmenden Angaben der Streittheile sowohl als auch durch die Aussagen der Zeugen Jur. Dr. Eduard S. und Isidor J. erscheint nachgewiesen, dass der Kläger zu Ostern des Jahres 1888 eine Partie Rauchwaaren als Faustpfand übergab.

Gemäss § 1369 ABG muss der Pfandnehmer das Faustpfand „wohl verwahren“ und hat nach § 459 ABG und § 1295 ebenda für jeden Schaden, der durch ein positives oder negatives Verhalten des Pfandnehmers vorsätzlich oder nur aus Versehen die Pfandsache getroffen hat, zu haften.

Durch die Angaben des classischen Zeugen Isidor J. in Verbindung mit der Aussage der relativ verwerflichen Zeugin Bertha H. (§ 141, lit. b AGO) erscheint gemäss §§ 107, 141 und 212 AGO erwiesen, dass der Reisende der geklagten Firma die Verschnürung und Versiegelung der Pfandwaare vornahm und sich mit derselben entfernte und weiss auch keiner der Zeugen, dass über die Versiegelung und Verschnürung zwischen dem Kläger und dem Vertreter der geklagten Firma eine besondere Verabredung getroffen wurde.

Es ist für den vorliegenden Rechtsstreit vollkommen gleichgiltig und kann füglich unerörtert bleiben, ob zwischen dem Kläger und dem genannten Reisenden der geklagten Firma bezüglich des Ortes der Auf-

bewahrung der Pfandwaare eine Uebereinkunft abgeschlossen wurde oder nicht, da selbst für den Fall, als ein solcher Ort vereinbart worden wäre, die geklagte Firma als Pfandnehmerin von der ihr obliegenden Pflicht zur genauen Verwahrung nicht enthoben worden wäre, übrigens aus der Beilage lit. b ad N. R. I, deren Echtheit nicht bestritten wird, geradezu hervorgeht, dass die übergebenen Pfandwaaren beim Spediteur D. in Teplitz als Verfügungswaare für die geklagte Firma „J. C. in Berlin" lagerten, daher Kläger nicht einmal die Möglichkeit hatte, diese Waare nachzusehen, um eventuell für deren Reinigung oder bessere Unterbringung eine Verfügung zu treffen.

Wurde daher die Pfandwaare, so lange sie als Verfügungswaare für die geklagte Firma eingelagert war, auf irgend eine Weise — vom Zufall abgesehen — beschädigt, so haftet die geklagte Firma für den entstandenen Schaden.

Es geht nun aus den übereinstimmenden Angaben beider Streittheile hervor, dass Kläger am 1. October 1888 von der geklagten Firma ermächtigt wurde, die mehrfach erwähnte Pfandwaare vom Spediteur Z. in Empfang zu nehmen, wie durch die Aussage der Zeugen Emilie Z. und Ambros Z. erwiesen erscheint, dass diese Waare monatelang, insbesondere über den Sommer des Jahres 1888, eine Zeit im Magazin, eine Zeit in einer Kammer, welche zur Privatwohnung der Eheleute Z. gehört, aufbewahrt wurde. Dass während dieser Zeit von der Firma J. C. ein Auftrag zur Reinigung oder zum Klopfen der lagernden Pelzwaaren an den Spediteur ergangen wäre, wird selbst von der geklagten Firma nicht behauptet.

Wird nun erwogen, dass die geklagte Firma nicht erwarten konnte, dass der Spediteur Ambros Z. ohne besonderen Auftrag die ihm verschnürt und versiegelt übergebenen Pelzwaaren ausklopfen lassen werde, dass der geklagten Firma bekannt sein musste, auf welche Weise Waaren in einem Speditionsmagazin für gewöhnlich verwahrt werden, und dass in dieser Verwahrung die grösste Gefahr gelegen sei, die Pelzwaaren könnten vom Mottenfrass ergriffen werden, so muss in dem langen Lagernlassen der Pfandwaare ohne irgend welche Vorsorge ein Versehen der geklagten Firma, eine Ausserachtlassung der ihr nach dem Gesetze obliegenden Verwahrungspflicht erblickt werden.

Da auch durch den unter'm 13. November 1888 ordnungsmässig vorgenommenen Beweis zum ewigen Gedächtniss durch Sachverständige, gegen den Probat keine Einwendung erhebt, erwiesen ist, dass die Pfandwaare vor dem 1. October 1888 bereits mottenfrässig wurde, sohin während der Zeit, als sie für die geklagte Firma lagerte, so hat die letztere für den dadurch dem Kläger entstandenen Schaden aufzukommen, da von der geklagten Firma nicht bewiesen wurde und auch nicht mehr bewiesen werden kann, dass sie im Monate März 1888 die Pfandwaare im beschä-

digten Zustande übernommen hat, überdies die Zeugin Bertha H. angibt, dass der Reisende J. bei Uebernahme der Pfandwaare sich geäussert haben soll: „die Waare ist wirklich ganz rein“, während dieser selbst angibt, über die damalige Beschaffenheit der Waare eine Erklärung nicht mehr abgeben zu können, sohin im Zusammenhange dieser Aussagen nicht als erwiesen erscheinen kann, dass die Pfandwaare bei ihrer Uebergabe bereits beschädigt gewesen wäre; im Uebrigen wäre es gerade die Pflicht des Pfandübernehmers gewesen, die Qualität der von ihm übernommenen Pfandwaaren gleich bei der Uebernahme zu prüfen und zu constatiren. — Hat er dies unterlassen, so kann durch einen Sachverständigenbeweis nicht mehr festgestellt werden, dass die Pfandwaare nur deshalb mottenfrässig geworden sei, weil sie nicht vollkommen staubfrei übergeben wurde, wozu der Kläger übrigens nicht einmal verpflichtet war, nachdem notorischer Weise auch vollkommen staubfreie und reine Pelzwaaren von Mottenfrass ergriffen werden können, wenn sie nicht entsprechend verwahrt und gereinigt werden.

Was nun die Höhe des durch Mottenfrass angerichteten Schadens betrifft, so wird derselbe von den am 13. November 1888 anlässlich des Beweises zum ewigen Gedächtniss einvernommenen Sachverständigen mit 110·60 fl. beziffert. Allerdings geben die Sachverständigen zu, dass anzunehmen sei, der Mottenfrass habe in der Zeit vom 1. October 1888, dem Momente, als Kläger in der Lage war, über die Pfandwaare zu verfügen, bis zum 13. November 1888 Fortschritte gemacht; allein es wäre Sache der geklagten Firma gewesen, die ziffermässige Vermehrung dieses Schadens während dieser Zeit nachzuweisen, was nach dem Ausspruche der Sachverständigen überhaupt nicht möglich ist, übrigens nicht erwiesen ist, dass durch die Uebernahme der Pfandwaare am 1. October 1888 durch den Kläger dem Mottenfrasse hätte Einhalt gemacht werden können, zumal derselbe, ohne sich einer Verantwortung auszusetzen, bis zur Durchführung des Beweises über die Beschaffenheit der Pfandwaare durch Sachverständige an der Pfandwaare keine Veränderung hätte vornehmen können, bis zur Durchführung des Beweises kein allzulanger Zeitraum verflossen ist, so dass daraus dem Kläger um so weniger ein Vorwurf gemacht werden kann, nachdem bekanntermassen in der kühlen Jahreszeit der Mottenfrass auch nicht derartig fortschreitet, als in der warmen Zeit, weshalb die geklagte Firma für den ganzen am 13. November 1888 durch Sachverständige constatirten Schaden aufzukommen hat.

Es erübrigt nur noch, die von der geklagten Firma erhobene Einwendung, dass das Forderungs- beziehungsweise das Klagerecht des Klägers gemäss § 967 ABG erloschen sei, zu widerlegen. In dieser Beziehung führt die geklagte Firma aus, dass für sie am 9. October 1888, wenn nicht schon am 1. October 1888, die Verwahrungspflicht erloschen

sei, dass der Kläger selbst anführt, dass er die in Rede stehende Pfandwaare am 9. October 1888 untersucht und übernommen habe.

Da nun von diesem Tage bis zur Erhebung der Klage, das ist den 13. December 1888, mehr als dreissig Tage vergangen sind, so sei Kläger nach § 967 ABG nicht mehr berechtigt, seinen Schadenersatzanspruch mittelst Klage geltend zu machen.

Ohne zu erörtern, ob am 1. oder 9. October 1888 die „Zurückstellung" der Pfandwaare an den Kläger wirklich erfolgt ist, kann nicht übersehen werden, dass die Bestimmung des § 967 ABG im XIX. Hauptstück des ABG angeführt erscheint, und als Ausnahmsbestimmung stricte interpretirt und nur auf den in diesem Hauptstücke behandelten Verwahrungsvertrag, keineswegs aber auch auf den Pfandvertrag angewendet werden kann, vielmehr für diesen, insoweit Entschädigungsansprüche in Frage kommen, die dreijährige Verjährungsfrist des § 1489 ABG mangels einer anderen ausdrücklichen, gesetzlichen Bestimmung (§ 1491 ABG) als geltend angesehen werden muss.

Ueber Appellation der geklagten Firma J. C. wurde von der II. J. diese E. in Hinsicht auf die E. über die Competenzfrage und eines Theiles per 55·30 fl. des eingeklagten Betrages per 110·60 fl. bestätigt, im Uebrigen aber dahin abgeändert, dass der Kläger Johann H. mit dem eingeklagten Restbetrage per 55·30 fl. s. N. G. abgewiesen werde, aus den nachstehenden

Gründen:

Was die von der geklagten Firma erhobene Einwendung der Unzuständigkeit des Gerichtsstandes anbelangt, so wurde dieselbe vom ersten Richter mit Recht abgewiesen und tritt zu den vom ersten Richter angegebenen Gründen noch die Erwägung hinzu, dass, nachdem die verpfändete Waare sich bei einem Spediteur in T. befunden hat, und auch dem in T. wohnhaften Kläger dortselbst nach Einlösung der Accepte, für welche diese Waare als Pfand bestellt war, dem Vertrage gemäss rückzustellen war, die Zuständigkeit des BG auch schon durch § 43 JN begründet erscheint.

Auf das Materiale übergehend, sagen die Gründe weiters:

Gemäss § 1369 ABG ist beim Pfandvertrage der Pfandnehmer verpflichtet, das Faustpfand wohl zu verwahren und es dem Verpfänder, sobald dieser Befriedigung leistet, zurückzugeben.

Dieser gesetzlichen Bestimmung gemäss lagen dem Pfandnehmer bezüglich des ihm übergebenen Faustpfandes alle Pflichten ob, die gemäss der §§ 961, 964, 965 und 966 ABG der Verwahrer zu erfüllen hat, ohne dass jedoch, insolange die Forderung, für welche das Faustpfand bestellt wurde, nicht bezahlt ist, der Pfandvertrag in einen Verwahrungsvertrag übergehen würde, weshalb die für den Verwahrungsvertrag im § 967 ABG

festgesetzte kürzere Verjährungsfrist als eine Ausnahmsbestimmung beim Pfandvertrag nicht in Verwendung gebracht werden kann.

Hat der Pfandnehmer die Pflicht eines Verwahrers, so ist er nach §§ 961 und 964 ABG verpflichtet, das ihm übergebene Faustpfand sorgfältig zu verwahren. Die Grade der Aufmerksamkeit, die er dabei aufzuwenden hat, richten sich nicht nach der Sorgfalt, die er bei seinen eigenen Sachen anzuwenden pflegt, sondern nach der Natur des Faustpfandes und nach den obwaltenden anderweitigen Umständen; seine Haftung im Falle einer Beschädigung richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 1295 und 1311 ABG und er verantwortet nicht nur jede absichtliche Beschädigung, sondern auch sein Verschulden und zwar vorzugsweise jenes, das in der Unterlassung der pflichtmässigen Obsorge gelegen ist.

Dem Gutachten der Sachverständigen gemäss entstand der dem Kläger zugefügte Schaden an den in Händen der Geklagten seit 31. März 1888 bis 9. October 1888 als Faustpfand befindlichen Pelzwaaren durch Mottenfrass, der dadurch hervorgerufen wurde, dass diese Waare im Laufe des Sommers nicht ausgeklopft wurde.

Nachdem den Processacten gemäss die vom Kläger der Geklagten als Pfand bestellte Pelzwaare vom Reisenden der letzteren, Isidor J., selbst in Cartons verpackt, versiegelt und fortgeschafft wurde, so war es, wenn auch dem Kläger der Ort der Aufbewahrung bekannt war, dem Obgesagten gemäss dennoch nur die Pflicht der geklagten Firma und nicht des Klägers, dafür Sorge zu tragen, dass die ihr als Faustpfand übergebene Pelzwaare während des Sommers öfters ausgeklopft und so vor Mottenfrass bewahrt werde, was die geklagte Firma unterliess, und für welche mangelhafte Obsorge sie dem Kläger verantwortlich wurde.

Die geklagte Firma hat wohl behauptet, dass der constatirte Schaden nur dadurch eingetreten sein könnte, dass die Waare schon bei der Uebergabe nicht staubfrei und mottenfrei war und hat darüber lediglich den Sachverständigenbeweis angeboten; doch könnte dieser Beweis zu keinem Resultate führen, um so mehr, als der Zeuge Karl F., der die in Frage stehende Waare am 9. October 1888 besichtigte, angegeben hat, dass die drei Cartons mit Staub bedeckt, die Siegel gebrochen, die Deckel derart eingebogen waren, dass auf den Seiten eine Spalte offen stand und der bei demselben Anlasse gleichzeitig anwesende Zeuge Wenzel S. bestätigte, dass die Cartons mit Staub bedeckt, oben auf der Waare eine dünne Staubschicht lagerte, die nur durch die Fugen eindringen konnte.

Wenn es übrigens, was die geklagte Firma zu erweisen nicht in der Lage ist, wahr wäre, dass die fragliche Pelzwaare schon bei der Uebergabe nicht staub- und mottenfrei war, so war es, wie eben gezeigt, ihre Pflicht, selbe vom Staube und von den Motten zu befreien und so vor dem Untergange zu bewahren.

Inhaltlich des vom Kläger selbst allegirten Schreibens vom 1. October 1888 hat nun die geklagte Firma demselben angezeigt, dass sie den Spediteur Z. angewiesen habe, ihm die Waare auszufolgen, wenn er diesem den am 30. September 1888 fälligen Wechsel per 149·88 fl. ö. W. als eingelöst vorlegt, und es hat den Acten gemäss der Kläger am 9. October 1888 diese seine Pelzwaare bei dem Spediteur Z. besichtigen lassen, wo selbe mit dem Siegel des Rechtsfreundes des Klägers versehen wurde.

Da der Kläger laut des Protocolls vom 13. November 1888 erst unter'm 23. October 1888 um die Zulassung des Beweises zum ewigen Gedächtniss ansuchte und der diesfällige Augenschein erst unter'm 13. November 1888 vorgenommen wurde, der Mottenfrass, der nach dem Gutachten der Sachverständigen schon vor dem 1. October 1888 eingetreten war, in dieser Zeit aber weitere Fortschritte machte, und der Kläger innerhalb dieser Zeit von fünf Wochen gar nichts unternommen hat, um dem Mottenfrass möglichst Einhalt zu thun, indem nach dem Gutachten der Sachverständigen der Mottenfrass derartige Fortschritte nicht gemacht hätte, wenn die Waare in ein kühles Locale übertragen worden wäre, so hat der Kläger den Theil des Schadens selbst verschuldet, und weil sich derselbe nach dem Gutachten der Sachverständigen ziffermässig nicht festsetzen lässt, so findet die Bestimmung des § 1304 ABG Anwendung und es kann dem Kläger nur die Hälfte des erhobenen Schadens zugesprochen werden.

Ueber die ordentliche Revisionsbeschwerde restituirte der OGH das erstrichterliche U. aus dessen Gründen und unter Hinweis darauf, dass dem Kläger ein Verschulden an demjenigen Schaden, welcher an den dem Geklagten als Pfand übergebenen Pelzwaaren entstanden ist, mit Grund nicht beigemessen werden kann, indem nach dem Ausspruche der Sachverständigen der an diesen Waaren am 13. November 1888 constatirte Mottenfrass schon vor dem 1. October eingetreten war und demselben selbst durch die Transferirung nach dem Sommer von einem Dachboden in ein kühles Magazin nicht mehr Einhalt gethan werden konnte, und der Mottenfrass lediglich in einem kühlen Local nicht derartige Fortschritte macht, wie in einem heissen trockenen Locale, ganz abgesehen davon, dass die Pelzwaaren dem Kläger am 9. October übergeben worden sind und vom Kläger schon am 23. October 1888 die Durchführung des Beweises zum ewigen Gedächtniss angesucht wurde, endlich der Kläger die Transferirung der Waare aus dem Dachbodenlocal in ein kühles Local sofort nach Wahrnehmung des entstandenen Schadens veranlasst hat.

3007.

Die Bestimmungen über die hora legalis finden auch bei Tagfahrten behufs Eidesablegung Anwendung.

E. v. 28. October 1890, Z. 12419. — (Práv. VI ex 92, Seite 203.)

I. BG Brünn.
II. OLG Brünn.

Zur Ablegung eines Eides durch den Kläger A ordnete die I. J. eine Tagfahrt auf den 25. Juli 1890 um 9 Uhr Vormittags an, und nachdem um diese Stunde A nicht erschien, stellte B das Ersuchen, den A zur Eidesablegung nicht mehr zuzulassen, wie auch den Eid als nicht abgelegt zu erklären. Um $^1/_2$10 Uhr Vormittags erschien sohin A und bat unter Berufung auf die hora legalis um Zulassung zur Eidesablegung.

Die I. J. erkannte sofort bei der Tagfahrt, das Ansuchen des B werde verworfen, weil im Gesetze nirgends bestimmt sei, dass den Streitparteien bei Eidesablegungstagfahrten die gesetzliche Wartstunde nicht zustehe.

Ueber Protocollarrecurs des B bestätigte die II. J. die angefochtene E., weil die Allerhöchste Entschliessung vom 11. September 1784, JGS Nr. 336, welche die Bestimmung über die hora legalis festsetzt, ganz allgemein lautet und mit Bezug auf alle in Streitsachen angeordneten Tagfahrten, also auch auf Eidesablegungstermin giltig ist, daher die I. J. mit Recht bezüglich des A erkannte, dass er rechtzeitig erschienen sei, weil er noch vor 10 Uhr Vormittags zur Eidesablegung sich meldete.

Ueber a. o. Revisionsrecurs des B bestätigte der OGH die angefochtene E. I. J. wegen Abgangs der Erfordernisse des Hofd. vom 15. Februar 1833, JGS Nr. 2593.

3008.

Gewährleistung des Nutzviehhändlers dafür, dass die verkaufte Nutzkuh wenigstens so viel Milch gebe, als die Fütterung kostet.

E. v. 6. November 1890, Z. 11849. — (JB 30 ex 91, Seite 359.)

I. BG Mödling.
II. OLG Wien.

Am 8. October 1889 kaufte A, Maurermeister in R., von dem Nutzviehhändler B eine Kuh um den behandelten Kaufpreis von 168 fl., gab eine Anzahlung von 8 fl. und übernahm die Kuh.

Ueber die Klage des B wegen Zahlung des restlichen Kaufschillings per 160 fl. hat die I. J. nach Abhörung von Zeugen und Sachverständigen den Kläger B mit seiner Klage abgewiesen. Begründet wurde dieses U. folgendermassen:

Kläger fordert von dem Geklagten den Kaufschillingsrestbetrag per 160 fl. für eine demselben verkaufte und übergebene Kuh. Der Geklagte

wendet ein, dass die verkaufte Kuh weder die ausdrücklich noch die stillschweigend bei dem Verkaufe bedungenen Eigenschaften besitze, dass, da der Mangel nicht mehr behoben werden kann, der Vertrag nicht zu Recht bestehe, und daher ihn die Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises nicht treffen könne (§§ 922 und 932 ABG). Diesen Einwendungen liegt nachstehender Sachverhalt zu Grunde: Geklagter kaufte im October 1889 von dem Kläger eine Kuh um den Preis von 168 fl., nachdem er von dem Letzteren die angebliche Zusicherung erhalten hatte, dass die Kuh täglich 12 bis 14 Liter Milch gebe. Nun gibt aber die Kuh täglich blos 4 bis 6 Liter Milch, welcher Umstand durch die übereinstimmenden Aussagen der drei geführten Zeugen bewiesen wurde. Es bestehe demnach nach Anschauung des Geklagten, da die Kuh lediglich der Milchgewinnung wegen gehalten werde, der Vertrag nicht zu Recht. Da der Kläger die angebliche Zusicherung widerspricht, wäre auf den diesfalls angebotenen Haupteid abzugehen gewesen, wenn nicht der Geklagte die Behauptung aufgestellt, und dieselbe durch Sachverständige sich zu erweisen erboten hätte, dass es als stillschweigende Bedingung beim Verkaufe einer Kuh, die zur Milchgewinnung gehalten werde, durch einen Nutzviehhändler zu gelten habe, dass diese Kuh eine Nutzkuh sei. Es waren daher folgende Fragen festzustellen: 1. Haftet der Nutzviehhändler für den Verkauf einer Kälberkuh oder einer Nutzkuh, oder für ein bestimmtes Quantum Milch, welches die Kuh täglich gibt? 2. Ist die fragliche Kuh eine Nutzkuh? Es haben nun die drei Sachverständigen übereinstimmend angegeben, dass beim Verkaufe einer Kuh durch den Nutzviehhändler die Haftung übernommen werde, dass die Kuh eine Nutzkuh sei. Gleichzeitig wurde aber verneint, dass er für ein bestimmtes Quantum Milch ausser im Falle ausdrücklicher Zusage zu haften habe. Der Kläger hat also im vorliegenden Falle dafür zu haften, dass die dem Geklagten verkaufte Kuh eine Nutzkuh sei. Es frägt sich nun weiter, was unter einer Nutzkuh zu verstehen sei? Schon der allgemeine Sprachgebrauch weist darauf hin, und durch die Aussagen der Sachverständigen ist gerichtsordnungsmässig dargethan, dass eine Nutzkuh nur des Nutzens wegen gehalten werde, dass eine solche daher auch einen Nutzen abwerfen müsse, und dass der Nutzen in der Differenz des Werthes der gelieferten Milch und dem Werthe des verzehrten Futters gelegen sei. Diesbezüglich wurde durch die Sachverständigen festgestellt, dass eine Kuh, welche täglich 7 bis 10 Liter Milch liefere, erst ihr Futter bezahle, daher noch keinen Nutzen abwerfe. Nachdem nun durch die abgehörten Zeugen constatirt worden ist, dass die fragliche Kuh nur 4 bis 6 Liter Milch im Tag gebe, so geht daraus, sowie aus den Aussagen der Sachverständigen hervor, dass die fragliche Kuh keine Nutzkuh sei, woraus wieder die Gewährleistungspflicht des Klägers sich ergibt. Das dem Vorgedachten widersprechende Gutachten des einen vom Kläger geführten Sachverständigen, welcher sich dahin aussprach, dass auch eine Kuh,

welche täglich nur 4 bis 6 Liter Milch gibt, als eine Nutzkuh bezeichnet werden könne, würde dahin führen, dass der Kauf einer Kuh auf Seite des Käufers unter die gewagten Geschäfte zu zählen wäre. Hieraus geht nun hervor, dass die beim Verkaufe der Kuh als stillschweigend vorauszusetzende Bedingung sich nicht erfüllte, dass somit auf Seite des Klägers die Gewährleistungspflicht begründet, und der Vertrag gemäss § 932 ABG aufzuheben sei. Es wurde demnach das Klagebegehren abgewiesen.

Ueber Appellation des Klägers hat die II. J. dieses U. aufgehoben und folgendermassen entschieden:

Der Geklagte A ist schuldig, dem Kläger B den eingeklagten Betrag per 160 fl., jedoch nur dann zu bezahlen, wenn er den ihm vom Kläger aufgetragenen Haupteid dahin: „es sei seines Wissens und Erinnerns nicht wahr, dass der Kläger beim Kaufabschlusse der fraglichen Kuh im Laufe des Gespräches bemerkte, dass er als Kälberkuhhändler nur für eine Kälberkuh garantiren könne“, nicht ablegt. Im Falle der Ablegung dieses Eides durch den Geklagten wird der Kläger mit seiner Klage abgewiesen.

Gründe:

Im vorliegenden Falle wurde bei dem Kaufabschlusse keine ausdrückliche Vereinbarung darüber getroffen, dass die verkaufte Kuh täglich 12 bis 14 Liter Milch zu geben habe. Mit Rücksicht auf die Aussagen der Sachverständigen ist anzunehmen, dass beim Kaufabschlusse einer Kälber- oder Nutzkuh als stillschweigende Bedingung vorausgesetzt wird, dass eine solche Kuh jedenfalls täglich über 6 Liter Milch gebe. Die auf die §§ 923 und 932 ABG sich gründende Einwendung des Geklagten hätte dann ihre Berechtigung, wenn der Kläger den Beweis nicht herzustellen vermöchte, dass er beim Kaufabschlusse der Kuh eine Garantie für ein bestimmtes Milchquantum nicht übernommen habe, nachdem sich aus den Zeugenaussagen ergeben hat, dass die gekaufte Kuh täglich nur 6 Liter Milch gegeben habe. Der Kläger kann die Zahlung des behandelten Preises von 160 fl. daher nur dann verlangen, wenn er nachzuweisen im Stande ist, dass er die Garantie für ein täglich zu gebendes Milchquantum nicht übernommen habe. Der Kläger hat sich diesfalls zum Beweise erboten, dass er beim Kaufabschlusse im Laufe des Gespräches bemerkte, dass er als Kälberkuhhändler nur für eine Kälberkuh garantiren könne. Hiermit hat der Kläger, nachdem diese Erklärung auf die Frage des Geklagten über das zu gebende Milchquantum erfolgte, seinen Willen zu erkennen gegeben, dass er jede Garantie für ein bestimmtes Milchquantum, welches die gekaufte Kuh täglich zu geben habe, ablehne, und dass er nur für eine Kuh, die ein Kalb geworfen hat, und in Folge dessen Milch gibt, die Garantie übernehmen kann, wie sich dies auch aus der Aussage des einen vom Kläger geführten Zeugen ergibt, der überdies noch weiter aussagte, dass der Kläger erklärt habe, dass er nicht einmal für 3 Liter

Milch täglich garantiren könne, welche Behauptung der Kläger in der Replik nicht einmal aufgestellt hat. Nachdem aber dieser Zeuge als Bediensteter des Klägers bedenklich ist, so kann der klägerische Erfüllungseid nicht zugelassen werden, sondern wurde bei dem Umstande, als Geklagter den behaupteten Umstand ausdrücklich widersprochen, jedoch über den aufgetragenen Haupteid keine Erklärung abgegeben hat, nach § 36 des Summ.-Pat. auf den diesfalls vom Kläger dem Geklagten aufgetragenen Haupteid erkannt.

Wider dieses U. hat der Geklagte die Revision angemeldet und in seiner Revisionsbeschwerde darauf hingewiesen, dass die Ablegung des zugelassenen Haupteides bei dem vorliegenden Processmateriale gänzlich überflüssig sei, weil ja der Kläger gar nicht nachgewiesen habe, dass die verkaufte Kuh eine Kälberkuh war, das heisst, eine solche, die vor nicht langer Zeit ein Kalb geworfen hat, dass ihm vielmehr dieser Beweis gänzlich misslungen sei.

Der OGH hat nun das U. der I. J. wieder herzustellen befunden.

Gründe:

Der Kläger hat nicht nachgewiesen, dass die von ihm am 8. October 1889 um 168 fl. dem Geklagten verkaufte Kuh eine Kälberkuh war, das heisst eine Kuh, welche vor nicht langer Zeit ein Kalb geworfen hat und in der Regel ein grösseres Quantum Milch gibt, als eine Kuh, die schon vor längerer Zeit gekälbert hat, und zum Melken verwendet wird; denn der vom Kläger diesfalls geführte Zeuge C hat die Behauptung des Klägers, dass er eine Kuh sammt Kalb bei ihm kaufen liess, bei seiner Einvernehmung zwar bestätigt, allein auch angegeben, dass dies schon vor circa zwei Jahren der Fall war; dem zweiten Zeugen D war aber von einem Kälberkuhkauf des Klägers gar nichts bekannt, und der vom Kläger diesfalls aufgetragene unzurückschiebbare Haupteid ist im Hinblick auf des Zeugen C Aussage unzulässig, und in Anbetracht, dass, nachdem der Kläger das von ihm behauptete Factum sich nicht zu beschwören erbietet, auch kein Anlass für den Richter vorliegt, den Geklagten, welcher von dem behaupteten Geschichtsumstande noch weniger wissen kann, als der Kläger, zu verhalten, dieser klägerischen Behauptung eidlich zu widersprechen. Durch die Aussagen der Gattin des Geklagten, der Magd und des Knechtes desselben ist aber gerichtsordnungsgemäss festgestellt, dass die vom Kläger verkaufte Kuh nicht mehr als 4 bis 6 Liter Milch gegeben hat. Wenn der vom Kläger geführte Sachverständige eine Kuh, die täglich nur 4 bis 6 Liter Milch gibt, doch als eine Nutzkuh bezeichnet, so haben der zweite Sachverständige und der zum Obmann ernannte Sachverständige übereinstimmend erklärt, und es ist daher auch gerichtsordnungsmässig festgestellt, dass eine Kuh, die täglich nur 4 bis 6 Liter Milch gibt, nicht als eine Nutzkuh, daher auch nicht als eine Kälberkuh angesehen werden kann, weil sie damit ihr Futter nicht bezahlt. Ein Nutzviehhändler, als

welchen sich der Kläger bezeichnet, haftet dem Kuhkäufer dafür, dass die verkaufte Kuh eine Kälberkuh ist, und wenn er, ausser dem Falle ausdrücklicher Vereinbarung, auch nicht dafür einzustehen hat, dass die Kuh ein bestimmtes Milchquantum gibt, so ist doch durch das übereinstimmende Gutachten der Sachverständigen gerichtsordnungsmässig erwiesen, dass der Nutzviehhändler auch ohne alle besondere Vereinbarung dafür zu haften hat, dass die Kuh wenigstens so viel Milch gebe, als ihre Fütterung kostet, also jedenfalls mehr als 6 Liter Milch. Der Kläger hat auch in der Replik selbst angegeben, dass der Geklagte, dessen Beschäftigung als Maurermeister ihm zweifellos bekannt war, ihn bei Besichtigung der Kuh im Stalle gefragt habe, wie viel Milch diese Kuh täglich gebe, und dass er ihm darauf sagte, er wisse es nicht, er habe sie nicht gemolken, nachdem noch das Kalb dabei sei, und dass er über die nochmalige Frage des Geklagten, wie viel Milch die Kuh täglich geben könne, sich dahin äusserte, dem Ansehen nach zu schliessen, könne sie täglich 10 bis 12 Liter Milch geben. Der Kläger konnte als Verkäufer daher ganz gut entnehmen, dass der Käufer bei der Kuh die Eigenschaft, dass sie einen Milchnutzen gebe, voraussetze; und wenn der Kläger sohin, wie er in der Replik angab, im Laufe des Gespräches auch bemerkt hat, dass er als Kälberkuhhändler nur für eine Kälberkuh garantiren könne, so kann er sich doch der Haftung in jenem Umfange nicht entschlagen, welchen die Sachverständigen, wie oben erörtert, dahin angaben, dass die Kuh jedenfalls mehr als 6 Liter Milch täglich geben müsse. Dass der Kläger dem Geklagten vor dem Kaufabschlusse erklärt hätte, nicht einmal für 3 Liter Milch zu garantiren, hat der Kläger im Laufe der Verhandlung selbst nicht behauptet, und wenn solches der als Zeuge geführte klägerische Bedienstete in seiner Zeugenaussage erwähnt, so macht dies dessen schon nach § 142 lit. c. AGO bedenkliche Aussagen nur um so bedenklicher; diese vom Kläger selbst nicht behauptete Erklärung kann in diesem Processe keinerlei Beachtung finden. In der Erwägung nun, dass dem Kläger schon der Beweis, dass die dem Geklagten verkaufte Kuh eine Kälberkuh war, nicht gelungen ist; in der Erwägung, dass der Kläger als Nutzviehhändler dafür zu haften hat, dass die von ihm verkaufte Kuh eine Kälber- oder Nutzkuh sei; in der Erwägung, dass eine Kälber- oder Nutzkuh jedenfalls mehr als 6 Liter Milch täglich geben muss, die verkaufte Kuh aber nur 4 bis 6 Liter Milch gab, in der Erwägung, dass also die dem Geklagten verkaufte Kuh die vermöge der Natur des Geschäftes stillschweigend bedungenen Eigenschaften nicht hatte, auch dieser Mangel nicht behoben werden kann, so kommt es auf den vom Obergerichte zugelassenen Beweis, weil nach der Sachlage ganz unentscheidend, nicht an, und war das Klagebegehren sofort abzuweisen, wie dies vom ersten Richter geschehen ist, weshalb über die Revision des Geklagten auch das erstrichterliche U. wieder hergestellt werden musste.

3009.

Bilden die mehr als dreijährigen Zinsen blos das Surrogat des entgangenen Gewinnes, so findet die Einwendung der Verjährung keine Anwendung.

E. v. 27. November 1890, Z. 566. — (GH 43 ex 91, Seite 347.)

Die Contributionsfond-Vorschusscasse A klagte ihren früheren Verwalter B auf Ersatz des entgangenen Gewinnes, bestehend in den 5percentigen Zinsen von dem Betrage per 745 fl., welchen B veruntreut haben soll und im Vergleichswege noch vor Ueberreichung der Civilklage bezahlt hat.

Diese Klage wurde von der I. J. abgewiesen, weil die Veruntreuung nicht erwiesen worden sei. Die Zinsen seien im vorliegenden Falle als entgangener Gewinn zu betrachten und im Sinne des § 1009 ABG, dann der §§ 335 und 338 ib. müsse Klägerin beweisen, dass der Geklagte sich das Geld zugeeignet und zu seinem Vortheile verwendet habe, welcher Beweis jedoch als erbracht nicht angesehen werden kann; der Causalnexus zwischen der rechtswidrigen Handlung und dem hieraus entstandenen Schaden sei also nicht vorhanden.

Die II. hat die E. in dem das Klagsbegehren abweisenden Ausspruche in Betreff eines Betrages von 189 fl. 87$^1/_2$ kr. sammt 5 Percent Verzugszinsen zu bestätigen und b) im weiteren Inhalte abzuändern und zu erkennen befunden:

Der Geklagte B ist schuldig, der Contributionsfondcasse an von dem, von ihm als Verwalter der Vorschusscasse im Jahre 1879 als an die Theilhaber erfolgten, mehr verrechneten, als wirklich ausgegebenen Betrage von 745 fl. entfallenden 5percentigen Zinsen den Betrag von 89·50 fl. sammt vom Klagstage, d. i. 23. November 1887 bis zum Zahlungstage laufenden 5percentigen Verzugszinsen binnen 14 Tagen bei Executionsvermeidung zu bezahlen.

Gründe:

Dem vorliegenden Stritte liegt nachstehender durch das vom Geklagten am 8. Juni 1887 vor dem zur Revision der Contributions-Vorschusscasse abgeordneten Commissär des mähr. Landesausschusses abgelegte Geständniss nach § 110 AGO, sodann durch den Erlass des mähr. Landesausschusses vom 10. August 1887, Z. 25622, nach §§ 111 und 112 AGO erwiesener Sachverhalt zu Grunde:

B hat als Verwalter der klägerischen Contributions-Vorschusscasse in den Jahren 1879 bis 1885 in den gelegten Rechnungen einen höheren Betrag als an die am Reingewinn participirenden Gemeinden ausbezahlt ausgewiesen, als dies in der That der Fall war, was derart durchgeführt wurde, dass er die, mehreren Gemeinden im Laufe des Jahres gegebenen Vorschüsse doppelt in Ausgabe stellte u. z. einmal auf Grund der erhaltenen

Interimsquittungen und sodann auf Grund der über die Jahresquote einschliesslich dieser Vorschüsse ausgestellten Bestätigungen der betreffenden Gemeinden.

Aus dem obigen Erlasse und dem bezogenen Ausweise über den Reingewinn der Contributions-Vorschusscasse und dessen Vertheilung in den Jahren 1879 bis inclusive 1885 ergibt sich ferner, dass B pro 1879, 1880 und 1882 zusammen um 2735 fl. mehr verrechnete, als er den Theilnehmern ausgefolgt hat. Dem entgegen hat er pro 1881 und 1885 zusammen um 1529 fl. $71^1/_2$ kr. weniger, als wirklich verabfolgt wurde, verrechnet, so dass sich mit Schluss 1885 noch ein vom Geklagten mehr verrechneter Betrag von 1205·28 fl. und nach Abzug eines Betrages von 100 fl., welchen Geklagter der Gemeinde N. als Theilhaberin am Contributionsfonde vorgeschossen und nirgends verrechnet hat, von 1105 fl. $28^1/_2$ kr. herausgestellt, welcher dem Geklagten vom mähr. Landesausschusse rechtskräftig zum Ersatze auferlegt, mittelst eines einschliesslich der vom 1. Juli bis Ende December 1887 laufenden 5percentigen Zinsen auf 1132·92 fl. ausgestellten Wechsels gedeckt worden ist.

Die klagende Contributions-Vorschusscasse erachtet sich durch den constatirten pflichtwidrigen Vorgang ihres Verwalters weiters noch insofern beschädigt, dass ihr von den erwähnten mehrverrechneten Beträgen der Zinsesbezug entgangen ist und verlangt mit dieser Klage von dem Geklagten von den im Jahre 1879 unrechtmässig verrechneten 745 fl. den Ersatz der 5percentigen Zinsen für die Zeit vom 1. Jänner 1880 bis zu der am 28. Juni resp. 1. Juli 1887 geschehenen Ausgleichung des Deficits per 279 fl. $37^1/_2$ kr., während der gleiche Anspruch rücksichtlich der im Jahre 1880 erfolgten Mehrverrechnung per 1524 fl. mittelst einer separaten Klage verfolgt wird.

Nachdem der gegenwärtige Fondsverwalter R. mittelst der Repliksbeilage D nachgewiesen hat, dass der Verwaltungsausschuss ihn zur Einbringung vorliegender Klage bevollmächtigt hat und Letzterem die Verwaltung des Fondsvermögens und die Vertheilung des Reingewinnes unter die Theilhaber nach §§ 6 und 8 des Gesetzes vom 23. März 1873, LGB Z. 30, zukommt und nach § 23 des Gesetzes vom 23. März 1873, LGB Z. 31, nicht blos der gesammte Ausschuss, sondern auch jedes einzelne Ausschussmitglied für jeden im Fonde auf was immer für eine Art entstandenen Schaden haftbar ist, so stellt sich die vom Geklagten erhobene Einwendung der mangelnden activen und passiven Klagslegitimation als unbegründet dar und ist die Fondsverwaltung berechtigt, die Klage auch gegen B allein, ohne Rücksicht, ob den anderen Ausschussmitgliedern nicht etwa ein Mitverschulden zur Last gelegt werden kann, zu richten. Nach § 1394 ABG hat der zum Schadenersatze Verpflichtete bei böser Absicht oder auffallender Sorglosigkeit volle Genugthuung zu leisten, daher auch den entgangenen Gewinn zu ersetzen und repräsentiren letzteren

nach § 1333 ABG bei Geldforderungen die gesetzlichen Zinsen und nachdem in dem Gebahren des Geklagten, wenn nicht böse Absicht, so doch auffallende Sorglosigkeit in der Verwaltung des Fondsvermögens ersehen werden muss, so ist die Klagsseite berechtigt, vom Geklagten nicht blos den Ersatz des abgängigen Capitals, sondern auch des entgangenen Gewinnes, beziehungsweise der 5percentigen Zinsen von dem durch die erwähnte Verrechnung der nutzbringenden Verwendung entzogenen Beträgen für jenen Zeitraum zu fordern, als selbe von ihm nicht wieder rückersetzt worden sind.

Auf die Einwendung des Geklagten, dass der Landesausschuss-Official S. im Jahre 1879 die Casse scontrirte, hiebei einen Abgang von 704 fl. 89½ kr. constatirte und er selben sofort gedeckt habe, konnte kein Bedacht genommen werden, weil aus dem der Ergänzungsverhandlung beigelegten Erlasse des mähr. Landesausschusses, ddto. 27. December 1879, Z. 21405, hervorgeht, dass diese Revision nur den Cassabestand bis 29. Juli 1879 betraf, daher das damals constatirte Deficit nicht mit dem Ende 1879 sich ergebenden identisch ist; übrigens Geklagter laut dem mit ihm durch den Landesausschuss-Official T. aufgenommenen Protocolle vom 27. Juni 1888 die Mehrverrechnung des Betrages von 745 fl. mit Schluss des Jahres 1879 als richtig anerkannt hat. Zur Ersatzleistung des Capitals hat sich Geklagter zunächst und vornehmlich gegenüber dem Vertreter des Landesausschusses verpflichtet, weshalb auch diese seine Erklärung nicht als ein mit dem Contributionsfonde über streitige Rechtsansprüche abgeschlossenen Vergleich im Sinne des § 1380 ACG, wie Geklagter vermeint, angesehen und daraus geschlossen werden kann, es sei die Klagsseite nicht berechtigt, ausser dem gedeckten Deficit noch andere Ansprüche zu erheben, zumal der Fondsausschuss sofort nachdem ihm der Scontirungsbefund des Abgeordneten des Landesausschusses bekannt gegeben worden ist, auch den Beschluss fasste, auch die Zinsen vom Geklagten einzufordern; ebensowenig kann Geklagter den Klagsanspruch als nach § 1489 ABG verjährt bekämpfen, da es offenbar nicht zulässig erscheint, deshalb, weil Geklagter zur Zeit der durch ihn erfolgten Beschädigung auch Verwalter des Contributionsfondes gewesen ist, die Kenntniss desselben von der beschädigenden Handlung gleich zum Ausgangspunkte der Verjährung zu machen; diese kann vielmehr erst von der Zeit gerechnet werden, als der neuen Fondsverwaltung der erlittene Schaden bekannt wurde, die Klagsseite kann in diesem Falle auch mehr als dreijährige Zinsen einfordern, weil diese hier blos als Surrogat des entgangenen Gewinnes angenommen werden und daher die Vorschrift des § 1480 ABG hier nicht anzuwenden ist.

Es handelt sich demnach nur noch darum, für welchen Zeitpunkt dem Geklagten der Ersatz der 5percentigen Zinsen von dem im Jahre 1879 mehr verrechneten Betrage von 745 fl. mit Grund auferlegt werden kann.

Bei dem Umstande, als Geklagter zwar, wie oben erwähnt wurde, noch wiederholt derartiger Manipulationen sich schuldig machte, andererseits aber auch im Jahre 1881 und 1885 wieder geringere Beträge, als er wirklich an die Berechtigten erfolgte, verrechnete und angenommen werden muss, dass seine Absicht dahin ging, hiedurch und zwar zunächst stets das ältere Deficit zu decken, geht es nicht an, von dem pro 1879 mehr verrechneten Betrage dem Geklagten die Zinseszahlung bis zur Deckung des letzten Deficits, das ist bis 1. Juli 1887 aufzuerlegen und es kann ihm vielmehr diese nur bis zu jenem Zeitpunkte obliegen, als der im Jahre 1879 entfallende Abgang durch die nachfolgende Verrechnung minderer Beträge als getilgt anzusehen ist.

Es muss demnach die laut Beilage J im Jahre 1881 erfolgte und nicht in Rechnung gebrachte Mehrzahlung des Betrages von 670 fl. als auf das Deficit des Jahres 1879 per 745 fl. geschehen angenommen und da sodann noch ein Betrag von 75 fl. im Reste bleibt, muss dieser wieder durch die im Jahre 1885 geschehene Abstattung von 859 fl. $71\frac{1}{2}$ kr. als getilgt angesehen werden.

Aus diesem folgt, dass Geklagter verpflichtet ist, von dem Betrage per 745 fl. die 5percentigen Zinsen vom 10. Jänner 1880 bis 1. December 1881, da der Zeitpunkt, wann die einzelnen Mehrzahlungen im Verlaufe des Jahres 1881 geleistet wurden, nicht bekannt ist, daher 74·50 fl. und von dem Reste per 75 fl. vom 1. Jänner 1882 bis Ende 1885 per 15 fl. zusammen 89·50 fl. zu zahlen und wurde daher nur in dieser Richtung der klägerischen Appellation stattgegeben, hiegegen die erstrichterliche Abweisung bezüglich der weiters geforderten Zinsen bestätigt.

Ueber Revision des Geklagten wurde das obergerichtliche U. bestätigt.

Gründe:

Das obergerichtliche U. wurde nur in seinem abgeänderten Theile vom Belangten angefochten. Es kann jedoch dessen Revision nicht als begründet anerkannt werden. Denn die Partei hat nur die Thatsachen, aus welchen ihr ein Recht erwachsen sein soll, anzugeben und es ist Sache des Richters, den Anspruch des Klägers mit Rücksicht auf die gesetzlichen Vorschriften zu prüfen und ihn unter das betreffende Gesetz zu subsumiren. Wenn nun der Oberrichter gefunden hat, dass dem Schadenersatzanspruche des Klägers keine Veruntreuung, sondern eine auffallende Sorglosigkeit des Belangten in der Rechnungslegung als damaligen Verwalters der Contributions-Vorschusscasse zu Grunde liegt, so war er immerhin nach § 1324 ABG berechtigt auszusprechen, dass der Klagsseite der Anspruch auf den entgangenen Gewinn von dem durch den Belangten im Jahre 1879 mehr verrechneten Betrage von 745 fl. zustehe, worin eine Substituirung eines anderen Rechtsgrundes, als er von der

Klagsseite behauptet wurde, nicht zu erblicken ist, zumal § 1324 ABG die auffallende Sorglosigkeit der bösen Absicht gleichhält und der mangelnde Nachweis einer Veruntreuung der fraglichen mehrverrechneten Gelder an Seite des Belangten das Klagebegehren allein nicht zu entkräften vermochte. Nun hat der obere Richter sachgemäss ausgeführt, dass das dem Belangten als Rechnungsleger in Folge einer durch den Official T. über Auftrag des mähr. Landesausschusses am 25. Juni 1887 vorgenommenen Revision der vom Jahre 1879 bis 1885 gelegten Rechnungen nachgewiesene und von ihm anerkannte Deficit von 1205 fl. $28^1/_2$ kr. respective 1105 fl. $28^1/_2$ kr., wovon auf das Jahr 1879 der Betrag von 745 fl. entfällt, durch eine auffallende Sorglosigkeit in der Rechnungsführung, in dem die einzelnen Gemeinden als Theilhaber des Contributionsfondes zustehenden Gewinnantheile theilweise doppelt verrechnet wurden, entstanden ist, welche Gebahrung den Ausspruch der Klagsseite auf den entgangenen Gewinn von dem ungebührlich in der Rechnung pro 1879 eingestellten Betrag per 745 fl. nach §§ 1293, 1294, 1295, 1301, 1302 und 1324 ABG rechtfertigt, dass ferner dieser entgangene Gewinn, welcher nicht mehr in drei Jahren nach § 1480 ABG verjährt, mit Bezug auf die in Frage stehende Geldforderung im Zinsenanspruche besteht, zu dessen Hereinbringung die klagende Contributions-Vorschusscasse activ und passiv legitimirt erscheint. Ebenso hat das Obergericht weiter die Gründe dafür, dass von einer Novation im Grunde der von dem Belangten erfolgten Deckung des hervorgekommenen Deficits per 1205 fl. $28^1/_2$ kr. respective 1105 fl. $28^1/_2$ kr. sammt 5 Percent Zinsen vom 1. Juli bis Ende December 1887 mittelst eines Wechselacceptes in der Höhe von 1132 fl. 92 kr. der benannten Klagsseite, welche bei Bekanntwerden dieses Deficits und ungeachtet der erfolgten Deckung desselben durch den Belangten den Anspruch auf Ersatz der entgangenen Zinsen gestellt hat, keine Rede sein könne, dass die Schadenersatzbeträge überhaupt nicht oder der Anspruch auf mehr als dreijährige Interessen vom Klagstage zurückgerechnet, insbesondere nicht verjährt ist, in ausführlicher Weise angegeben, auf welche Gründe Belangter, welcher diese obergerichtlichen Gründe in keiner Weise in seiner Revisionsbeschwerde zu entkräften vermochte, verwiesen wird.

Der obere Richter hat daher mit vollem Rechte der Klagsseite von dem eingeklagten Zinsenbetrage per 279 fl. 87 $^1/_2$ kr. einen Theilbetrag von 89·50 fl., wie solcher näher detaillirt wurde, zugesprochen.

3010.

Nur in den strict erweislichen Fällen der §§ 176—177 ABG darf die väterliche Gewalt eine Einschränkung erfahren.

Cassations-E. v. 2. December 1890, Z. 13680. — (Práv. IV ex 92, Seite 119.)

Das Gesuch des A um Auftrag an die B zur Uebergabe des dreijährigen Kindes des Einschreiters an ihn als Vater binnen 3 Tagen bei sonstiger Execution hat die I. J. verworfen, weil besagtes Kind des A der B als Verwandten dieses Kindes schon mittelst Bescheides vom 30. April 1889 und zwar deshalb in Obsorge und Verpflegung übergeben wurde, weil A als hiezu ungeeignet erkannt und weiters auch ermittelt worden ist, dass das Kind bei der B besser verpflegt wird, als bei seinem Vater A, beziehungsweise bei dessen Schwester C, mit welcher der A als Witwer gemeinschaftlichen Haushalt führt. Der Bescheid vom 22. April 1889 sei bereits in Rechtskraft erwachsen und stehe mithin der I. J. nicht zu, eigenmächtig von seiner früheren E. abzugehen, zumal A keine Gründe angab, aus denen die Pflegschaftsbehörde entnehmen musste, dass die Erziehung jenes Kindes bei der B nicht gesichert sei. Die behauptete Mittellosigkeit der B kann als ein solcher Grund nicht angesehen werden, zumal dem Gerichte bekannt ist, dass A nicht erheblich vermögender sei als die B.

Der dagegen eingebrachten Vorstellung des A gab die I. J. keine Folge, weil die B aus dem Bescheide vom 30. April 1889 bereits Rechte erworben hat; im Recurswege hat jedoch die II. J. diese Bescheide der I. J. behoben und eine genaue Erhebung betreffs der behaupteten Nichteignung des A zu jener Pflege und Obsorge, ferner in Ansehung des Bestandes oder der Erlöschung seiner väterlichen Gewalt, sowie eine neuerliche E. aufgetragen.

Im Grunde dieser neuerlichen Erhebung wies die I. J. hiebei das erwähnte Gesuch neuerlich ab und fasste unter Einem den Beschluss, den A der väterlichen Gewalt über das in Rede stehende eheliche Kind Theresia A verlustig zu erklären und zwar

in der Erwägung,

dass nach der Aussage des D als gewesenen Curators ad actum der Theresia A, sohin nach Aussage der B, Tante dieses Kindes, A sich um dieses Kind gar nicht bekümmerte, es nicht ernährte, und seine Erziehung der B gänzlich überliess, ohne zu den Pflege- und Erziehungskosten irgend einen Beitrag zu leisten, dass weiters A nach den Aussagen der B und der E auch um sein zweites bereits verstorbenes Kind, welches gleichfalls durch längere Zeit bei fremden Leuten in Verpflegung war, weil es beim Vater A und seiner Schwester Theresia in jeder Richtung vernachlässigt wurde und ihm in den letzten Monaten vor seinem Ableben, als es gleich-

sam nothgedrungen den Beiden wieder anvertraut war, weder die gehörige Nahrung noch ärztliche Hilfe zu Theil geworden ist — dass endlich

A nach dem Zeugnisse des Gemeindevorstandes in Folge schwachen Verstandes und einer unüberlegten Wirthschaftsführung schon mehr als zwei Dritttheile seines Vermögens verbraucht und von der Art und Weise einer richtigen Erziehung seiner Kinder keinen Begriff hat, überhaupt nach den Aussagen der B, der Zeugen E und F ein apathischer, zur Besorgung dieser Erziehung durchaus unfähiger Mensch ist.

In seinem Recurse gegen diese E. führte A insbesondere aus, dass die I. J. seinen Vertreter von der E. der II. J., gemäss deren die Ergänzungsverhandlung vorgenommen wurde, gar nicht verständigte, die angeordnete Erhebung jedoch ganz hinter dem Rücken dieses seines Rechtsfreundes durchführte, hiebei die B, obwohl sie Partei war, als Zeugin vernahm und ihren sowie den Aussagen ihrer nächsten Verwandten vollen Glauben schenkte, während die vom Recurrenten geführten Zeugen entweder gar nicht vernommen oder aber ihre Aussagen nicht beachtet wurden.

Diesem Recurse willfahrte die II. J. theilweise, indem sie den angefochtenen Bescheid in jenem Punkte, in welchem der Beschwerdeführer der väterlichen Gewalt über die minderjährige Theresia A verlustig erklärt wurde, behob, die übrigen angefochtenen Verfügungen jedoch bestätigte;

denn

aus den vom Erstrichter gepflogenen Erhebungen kam nicht hervor, dass A bisher die Erhaltung und Erziehung seiner Tochter Theresia gänzlich vernachlässigt habe, wie es § 177 ABG voraussetzt, vielmehr liegt in dieser Richtung dem Beschwerdeführer hauptsächlich nur zur Last, dass er nicht genügend um die Berichtigung der Kosten ihrer Verpflegung Sorge trug, nachdem er sie aus freien Stücken bei der B durch längere Zeit untergebracht hatte; gegen diese Saumseligkeit bieten jedoch die seitens der B unternommenen Schritte (Alimentationsprocess gegen A) genügenden Schutz. Dagegen ist die Verfügung der I. J. als Pflegschaftsbehörde, gemäss deren die Theresia A einstweilen in der Pflege und Obsorge der B verbleiben soll, völlig gerechtfertigt, weil allen Bestimmungen des dritten Hauptstückes des I. Theiles ABG die Tendenz zu Grunde liegt, die Rechte der Kinder, welche sich selbst noch nicht zu ernähren vermögen, selbst gegenüber ihren Eltern in Schutz zu nehmen. In Gemässheit dieser Auffassung sind nun die Kinder ihrem eigenen Vater abzunehmen, wenn das Wohl des Kindes eine solche Maassnahme erheischt. In dieser Richtung erscheint sichergestellt, dass die Theresia A bei der B ganz gut erhalten und verpflegt wird, dass hingegen eine ganz gleichartige Pflege und Obsorge nicht zu gewärtigen ist, wenn sie bei ihrem Vater oder bei dessen Schwester verbleiben würde, zumal A nach den Aussagen der vernommenen Zeugen und des Gemeindevorstandes faul, unbeständig und

apathisch ist, durch Misswirthschaft mehr als die Hälfte seines Vermögens durchgebracht hat und nicht einmal einen ordentlichen eigenen Haushalt führt; dadurch allein erscheint es schon ausgeschlossen, ein Kind in so zartem Alter ihm zu übergeben, da es ganz unwahrscheinlich erscheint, dass dasselbe bei der Schwester des A besser gepflegt werden würde, als bei der B. Auf die Einwendungen des Recurrenten gegen die vernommenen Zeugen und das Zeugniss des Gemeindevorstandes ist kein Bedacht zu nehmen, weil die im Streitverfahren geltenden Bestimmungen über Bedenklichkeit und Verwerflichkeit der Zeugen im Verfahren ausser Streit keine Geltung haben, und weil ferner die Berücksichtigung des Zeugnisses des Gemeindevorstandes seitens der I. J. der Vorschrift des § 2 Abh.-Pat. entspricht. Schliesslich stellt sich die Vernehmung der im Recurse benannten Zeugen nicht als nothwendig dar, weil ohnehin der Bescheid vom 7. August 1890 ausser Kraft gesetzt wurde, und die neuerlich angebotenen Zeugnisse kein entscheidendes Material bezüglich der weiteren bestätigten Verfügungen der I. J. darbieten.

Der a. o. Revisions- und Nichtigkeitsbeschwerde des A gab der OGH unter Behebung aller Verfügungen der I. J. und des bestätigenden Theiles der E. II. J. nach § 16 Abh.-Pat. Folge und verordnete der B die Rückübergabe des Kindes an den A binnen drei Tagen bei Execution

in der Erwägung,

dass der Oberrichter die Behebung der E. I. J. bezüglich der Verlustigerklärung der väterlichen Gewalt des A damit begründete, es sei aus der Erhebung nicht die gänzliche Vernachlässigung der Erziehung und Verpflegung des Kindes des A an den Tag getreten, wie dies der § 177 ABG voraussetzt und diese Auffassung auch mit der Actenlage übereinstimmt, in der weiteren Erwägung, dass die väterliche Gewalt des A betreff seines Rechtes und seiner Verbindlichkeit, das Kind zu erziehen und seinen Aufenthaltsort zu bestimmen, insolange unangetastet zu bleiben hat, bis nicht einer der in den §§ 176—177 cit. statuirten Fälle eintritt, was hier nicht der Fall ist, indem es vielmehr als eine Vernachlässigung der väterlichen Sorgfalt erachtet werden könnte, wenn A sein Kind noch weiterhin bei der Tante B beliesse. Es kann auch der Umstand, dass A keinen eigenen Haushalt führt, kein Hinderniss der Rückübergabe bilden, weil aus der Aussage der B selbst hervorgeht, dass A nunmehr mit seiner Schwester C in gemeinschaftlicher Haushaltung lebt, und Letztere doch die Erziehung und Pflege des Kindes besorgen kann. Das Gesuch des A erscheint mithin im Gesetze gerechtfertigt und waren die angefochtenen E. der Unterinstanzen, als eine offenbare Ungerechtigkeit enthaltend, zu beheben.

3011.

Die Dispositionsstellung nach Art. 347 HGB ist rechtmässig, wenn eine von der bestellten verschiedene Waare oder eine grössere Menge als bestellt, geliefert wurde und gilt als rechtzeitig, wenn sie vor Ablauf der in der Factura eingeräumten Reclamationsfrist geschieht.

E. v. 4. December 1890, Z. 5315. — (GH 39 ex 91, Seite 313.)

In einem Streitfalle über eine Klage auf Zahlung des Kaufpreises verschiedener Waaren handelt es sich unter Anderem um den Kaufpreis von 18 fl. für zwei Stücke russischer Leinwand, welche vom Beklagten dem Kläger zur Disposition gestellt worden waren. Die Gründe der den Beklagten unbedingt verurtheilenden E. I. J. lauten diesbezüglich:

Die zwei Stücke russischer Leinwand betreffend, herrscht Uebereinstimmung, dass deren Sendung in Folge der mittelst der Correspondenzkarte F erfolgten Bestellung ausgeführt wurde, und dass Beklagter nur zwei Stücke bestellt habe. Es erhellt auch, dass in F nicht die gewünschte Meteranzahl angegeben wurde und es ist deshalb zweifellos, dass, wenn Kläger bei der Unbestimmtheit der Bestellung und bei der empfohlenen Eile es für gut hielt, statt zweier vier Stücke zu senden, weil diese zusammen 100 Meter ausmachen, wie jene zwei Stücke derselben Waare, welche Beklagter ein andermal vom Kläger gekauft hatte, der Beklagte als ordentlicher Kaufmann den Uebersender unverzüglich anzeigen musste, dass er nur zwei Stücke der überschickten Waare zu behalten gedenke. Dieser Obliegenheit ist jedoch Beklagter nicht nachgekommen, denn er gibt zu, die betreffende Factura am 22. März 1887 erhalten und erst drei Tage später an den Kläger den Brief abgeschickt zu haben, mittelst dessen er ihm anzeigte, dass er zwei der übersendeten Stücke russischer Leinwand zur Verfügung stelle. Dabei kann ihm die behauptete Mangelhaftigkeit der Postverbindung nicht zu Statten kommen, nachdem er nicht einmal behauptet, dass zwischen dem 22. und dem 25. März 1887 keine Postgelegenheit abgegangen sei. Jedenfalls ist ebensowenig bewiesen, dass Kläger den Brief vom 25. März 1887 erhalten habe und es muss demnach die Sendung der vier Stücke russischer Leinwand als vom Beklagten genehmigt und dessen Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises dafür als begründet angesehen werden.

Das OLG machte dagegen den Ausgang des Rechtsstreites in diesem Punkte von dem dem Kläger aufgetragenen, dem Beklagten zurückgeschobenen Haupteide über den Umstand abhängig, dass die Factura vom 15. März 1887 ihm am 22. März 1887 zugekommen sei und dass er am 25. März an den Kläger geschrieben habe, worin er erklärt, zwei der übersendeten, in der Factura erwähnten vier Stücke russischer Leinwand zur Verfügung zu stellen.

Gründe:

Die I. J. nahm richtig an, dass auf Grund der in F gegebenen Bestellung in Ermanglung der Angabe in Meteranzahl, Kläger nicht mehr als zwei Stücke dieser Waare hätte übersenden sollen, und dass, nachdem er vier Stücke davon übersendete in der Voraussetzung, dass die nicht ausgedrückte Absicht des Bestellers dahin gegangen sei, ungefähr 100 Meter des Stoffes zu erhalten, der Beklagte berechtigt war, die nicht bestellten Stücke nicht anzunehmen, dass er jedoch ohne Verzug dem Uebersender hievon Anzeige hätte erstatten müssen; denn obgleich Art. 347 HGB ausdrücklich den Fall einer verkauften Waare und die an derselben entdeckten Mängel im Auge hat, so ist doch kein Zweifel, dass dieselben Vorschriften auch dann Anwendung finden, wenn einem Kaufmanne eine von der bestellten verschiedene Waare und ein grösseres Quantum derselben gesendet worden ist, da aus der Unterlassung der Anzeige und dem Behalten der Waare im Sinne des Art. 279 HGB eine stillschweigende Annahme der nicht bestellten Waare erblickt werden muss. Der Beklagte behauptet nun, den Kläger sogleich benachrichtigt zu haben, dass er nur zwei Stücke behalten wolle und die zwei anderen zur Verfügung stelle. Zum Beweise dieses gegnerseits widersprochenen Umstandes hat Beklagter den oberwähnten Haupteid aufgetragen, welcher ihm zurückgeschoben wurde. Nachdem nun diese Anzeige besonders mit Rücksicht auf die in der Factura enthaltene Clausel, „dass allfällige Reclamationen innerhalb acht Tagen zu erheben sind“, als rechtzeitig angesehen werden müsste, wenn sie in der angegebenen Zeit geschehen ist und in Erwägung, dass durch Absendung der Anzeige der Beklagte seiner Verpflichtung nachgekommen und wenn dem Kläger der Brief nicht zugekommen wäre, dieser Zufall dem Beklagten nicht zum Nachtheile gereichen könnte, vielmehr dem Kläger zur Last fallen würde, welcher sich bei der Sendung nicht streng an den Inhalt der Bestellung gehalten hatte, so musste das erstrichterliche U. in diesem Punkte abgeändert und die Verpflichtung des Beklagten zur Zahlung der 18 fl. von jenem Eide abhängig gemacht werden.

Der OGH hat das Erkenntniss des OLG bestätigt.

Gründe:

Dass der Beklagte, nachdem er mittelst der Correspondenzkarte in F bei der Klägerin zwei Stücke russischer Leinwand bestellt, da er statt dessen vier Stücke von diesem Stoffe erhalten hatte, berechtigt war, nur zwei Stücke anzunehmen und die beiden anderen zur Verfügung zu stellen, kann nicht in Zweifel gezogen werden und wurde auch von den unteren Instanzen anerkannt.

Er behauptet auch, dies gethan zu haben, indem er am dritten Tage nach Empfang der vier Stücke den Brief abgesendet, worin er dem Kläger die Dispositionsstellung der nicht bestellten zwei Stücke anzeigte. Würde der Beweis dieses vom Kläger widersprochenen Umstandes hergestellt,

so wäre vorliegendenfalls dafür zu halten, dass die Dispositionsstellung rechtzeitig geschehen ist und zwar schon mit Rücksicht auf die in der Factura enthaltene Clausel, dass eventuelle Reclamationen innerhalb acht Tagen zu erheben seien.

Mit Recht hat daher das OLG den Beweis über die Zumittlung dieser Anzeige von dem vom Beklagten aufgetragenen und ihm zurückgeschobenen Haupteide abhängig gemacht und stellt sich also das in Beschwerde gezogene U. II. J. als vollständig gerechtfertigt dar.

3012.

Wenn der Kläger seinen Lohnanspruch auf einen Vertrag stützt, kann ihm der Richter eine Entlohnung auf Grund des Gesetzes nicht zuerkennen.

E. v. 10. December 1890, Z. 11231. — (GZ 26 ex 92, Seite 206.)
I. LG Krakau.
II. OLG Krakau.

B hat sein Gut X an den Fürsten C um den Betrag von 400.000 fl. verkauft. Hierauf begehrte A von B die Bezahlung des Betrages von 4000 fl., weil ihm nach seiner Behauptung von B eine Provision von 1 Percent des zu erzielenden Kaufpreises für die blosse Bekanntgabe des Fürsten C als Kauflustigen versprochen wurde. Der Belangte gab zu, dass ihm der Kläger den Fürsten C als Käufer nannte und dass er in der Folge diesem das Gut verkauft habe, bestritt jedoch die Berechtigung des Klägers zur Inanspruchnahme der Provision per 1 Percent, weil Kläger nichts weiter für das Zustandekommen des Geschäftes that, trotzdem ihm die begehrte Provision nicht für die blosse Namhaftmachung des Kauflustigen, sondern für das Zustandebringen des Geschäftes zugesichert worden ist.

Der erste Richter hat den Zuspruch des geforderten Betrages von dem Gelingen des den Geklagten in der Klage aufgetragenen Haupteides über den Umstand abhängig gemacht, dass der Belangte jene Provision blos für die Bekanntgabe des Fürsten C als Kauflustigen ohne Rücksicht darauf, ob der Kläger bei dem Verkaufe des Gutes X interveniren wird oder nicht, zu bezahlen sich verpflichtet habe.

Dieses U. ist vom OLG bestätigt worden. — In der a. o. Revisionsbeschwerde machte der Kläger geltend: Da die Namhaftmachung eines Käufers eine Dienstleistung ist, da ferner laut ausdrücklichen Zugeständnisses des Geklagten feststeht, dass Kläger dem Geklagten diesen Dienst leistete, und zwar in der offenkundigen Absicht, sich hiefür einen Vortheil zuzuwenden, so gebührt dem Kläger schon ex lege nach § 1152 ABG eine Entlohnung für seine Mühewaltung, auch wenn die Behauptung des Geklagten wahr wäre, dass sich Kläger eine Provision für das Zustandebringen des Kaufgeschäftes und nicht für die blosse Bekanntgabe des Kauflustigen C vorbehalten hätte.

Der OGH hat dieser a. o. Revisionsbeschwerde keine Folge zu geben befunden.

Gründe:

In den gleichförmigen U. der Untergerichte, in welchen auf den Beweis des Klägers durch den Haupteid über den in der Klage angeführten Umstand erkannt worden ist, kann eine offenbare Ungerechtigkeit nicht erblickt werden, wenn erwogen wird, dass der Kläger, wie er es in der Replik zu wiederholten Malen darstellt, sein Begehren auf den zwischen ihm und zwischen dem Belangten mündlich geschlossenen Vertrag stützt und in der Klage nur nebenbei auf gesetzliche Bestimmungen sich bezieht, wonach ohne vorläufige Verabredung der Anspruch auf Entlohnung zulässig ist, dieser Anspruch wird jedoch von dem Kläger gerichtsordnungsmässig nicht ausgeführt und auch in dieser Richtung das Begehren nicht gestellt. Wenn daher die Untergerichte dem Kläger für die blosse Namhaftmachung des Fürsten C als Käufer eine Entlohnung nur bedingt zuerkannt haben, so kann der Kläger keinen gegründeten Anlass zur Beschwerdeführung haben.

3013.

Bei Bewilligung der Execution zur Sicherstellung gegen Ausländer hat das Gericht nach den inländischen Gesetzen vorzugehen und die Beurtheilung der Vollzugsmöglichkeit dem requirirten Auslandsforum zu überlassen.

E. v. 11. December 1890, Z. 14162. — (Práv. III ex 92, Seite 99.)

I. HG Prag.
II. OLG Prag.

Das Gesuch des A um Bewilligung der executiven, eventuell im Falle der Einbringung von Einwendungen der sicherstellungsweisen Mobilarpfändung, Schätzung, engen Sperre und Transferirung wider B in Dresden im Grunde der erwirkten Zahlungsauflage pcto. der Wechselsummen per 100 fl. s. N. G. hat die I. J. dermalen zurückgewiesen, weil in Gemässheit des JME vom 28. März 1880, Z. 3938, die Gerichte des Deutschen Reiches zufolge der §§ 660—661 deutsche Civilprocessordnung seit dem 1. October 1879 die Execution eines Auslandsurtheils innerhalb des Umfanges des Deutschen Reiches nicht vollziehen, falls der bezügliche Spruch nach den für das Erkenntnissgericht bindenden Vorschriften nicht in Rechtskraft gediehen ist, und weil gegen den Spruch, im Grunde dessen die Execution begehrt wird, rechtzeitig Einwendungen eingebracht wurden, mithin derselbe bisher nicht rechtskräftig wurde.

Ueber Recurs des A hat sohin die II. J. dem A die sicherstellungsweise Mobilarexecution des ersten Grades mit der im § 340 AGO und in dem Gesetze vom 10. Juni 1887, RGB Nr. 74, statuirten Ein-

schränkung unter Requirirung des königl. Amtsgerichtes zu Dresden um den Vollzug bewilligt, weil laut § 8 der JMV vom 25. Jänner 1850, RGB Nr. 52, dem Wechselgläubiger über Ansuchen ohne Rücksicht auf die gegen die Zahlungsauflage eingebrachten Einwendungen die Execution zur Sicherstellung zu bewilligen ist, und bei der E. über ein solches Gesuch nur darauf Bedacht zu nehmen ist, ob nach österreichischem Gesetze die Bedingungen für eine solche Bewilligung vorhanden sind, während die Beurtheilung der Statthaftigkeit des Vollzuges dem requirirten Auslandsgerichte zu überlassen ist.

Der OGH bestätigte über Revisionsrecurs des Curators des B die E. II. J. aus deren Gründen.

3014.

Die Vereinbarung mit den Executen, zu Gunsten derselben ein Ueberbot gegen Theilersatz der Mehrsumme zu offeriren, ist rechtsgiltig.

E. v. 16. December 1890, Z. 14386. — (NZ 39 ex 92, Seite 255.)

Die Klage des Franz V. aus H. S. gegen Franz K. aus N. und die Eheleute Josef und Franziska V. aus H. S. auf Zahlung von 165 fl. s. N. G. wies die I. J. zurück aus nachstehenden, den Thatbestand beinhaltenden

Gründen:

Bei der zweiten, am 28. Juni 1889 abgehaltenen executiven Feilbietung des den mitbelangten Eheleuten Josef und Franziska V. gehörigen Anwesens C.-Nr. 10 zu H. S. erstand ein gewisser Josef N. dasselbe um den Meistbot per 1221 fl. Kläger traf nun am 2. Juli 1889 mit den genannten Eheleuten beziehungsweise Executen zusammen, welche ihn aufforderten, ein Ueberbot zu offeriren, weil dieses Anwesen um einen Meistbot erstiegen wurde, welcher nicht einmal zwei Drittel des Schätzungswerthes erreicht, und weiters versprachen, dass sie ihm für die Willfahrung dieses Ansuchens jene Mehrsumme ersetzen werden, welche er über den früheren Meistbot per 1221 fl. bei der neu anzuordnenden Feilbietungstagfahrt anbieten würde. Behufs definitiven Abkommens begab sich sohin Kläger am 7. Juli 1889 in die Wohnung der Executen C.-Nr. 10 zu H. S., wo er jedoch nur die Mitbelangte Josefa V. antraf, während der Erstbelangte sich als Bevollmächtigter des aus dringenden Gründen abwesenden Executen Josef V. vorstellte, worauf der Erstbelangte und die Josefa V. mit dem Kläger vereinbarten, dass dieser ein Ueberbot auf das versteigerte Anwesen über das Meistbot von 1221 fl. einreichen solle, dass aber die Executen Eheleute V. sich gemeinschaftlich verpflichten, ihm jenen Betrag aus Eigenem zu ersetzen, um welchen dieses Anlehen bei der neu anzuberaumenden executiven Feilbietung über 1300 fl. versteigert werden wird, indem der Ankauf desselben den Kläger nicht mehr als höchstens 1300 fl. kosten solle, welcher Verbindlichkeit überdies der

Erstgeklagte als Bürge beitrat mit den Worten: „Er hafte dem Kläger dafür, er werde es ihm jedenfalls bezahlen, er habe vielleicht noch so viel im Vermögen.“ Die Belangten wendeten ein, dass der Execut Josef V. dem Erstgeklagten keine Vollmacht ertheilt habe, in seinem Namen mit dem Kläger eine Vereinbarung der besagten Art abzuschliessen, stellten das Uebereinkommen überhaupt in Abrede, und bestritten die Rechtsgiltigkeit desselben unter Berufung auf § 887 ABG. Obzwar nun die gesetzlichen Zeugen die Klagebehauptungen zur Gänze bestätigten, war dennoch die Klage abzuweisen. Es ist nämlich zwischen den Parteien allerdings nicht streitig, dass der Kläger in der That ein Ueberbot über den erzielten Meistbot per 1221 fl. eingereicht und bei der sohin auf den 12. October 1889 anberaumten Feibietung das executiv versteigerte obgedachte Anwesen um den Meistbot per 1455·20 fl. erstanden hat. Der executiven Feilbietung kann nun lediglich die Bedeutung unterlegt werden, dass die Executionsinstanz im Namen des Exequenten, der sämmtlichen Hypothekargläubiger und in Vertretung der Executen, welchen die Befugniss zur Disposition mit diesem Vermögensobjecte entzogen ist, einen Kauf- und Verkaufscontract hinsichtlich desselben im Grunde des Schätzungsprotocolles und der Feilbietungsbedingnisse mit dem Ersteher abschliesst, und, durch das Meistbot gebunden, ihm die erstandene Realität übergibt, während der Ersteher als Erkäufer gegenüber der Executionsinstanz, dem Exequenten, dem Executen und den Hypothekargläubigern gleichfalls ausschliesslich nur mit dem Meistbote haftet. Dieses belief sich im vorliegenden Falle auf den Betrag von 1465·20 fl., woraus folgt, dass der zwischen den Streitparteien vereinbarte Betrag per 1300 fl. keineswegs als Kaufschilling für dieses Anwesen angesehen werden kann. Diese vorgeschützte mündliche Vereinbarung hinsichtlich des Betrages per 1300 fl. widerstreitet der später erfolgten schriftlichen Vereinbarung (Feilbietungsprotocoll vom 12. October 1889) belangend den eigentlichen Kaufschilling per 1465·20 fl., indem sie einen der Bestimmung des § 887 ABG zuwiderlaufenden Beisatz enthält. Ebenso kann sich eine Bürgschaft nur auf ein erlaubtes, nicht aber auf ein ungiltiges und dem Gesetze (§§ 1344, 1350 und 1351 ABG), widerstreitendes Rechtsgeschäft beziehen, weshalb auch der Erstbelangte dem Kläger aus einer ungiltigen Verbürgung nicht rechtlich verbunden ist.

Ueber Appellation des Klägers hat das OLG das appellirte U. abgeändert und 1. die Mitbelangte Franziska V. unbedingt, dagegen 2. den Mitbelangten Josef V. bedingt für den Fall der Nichtablegung des Haupteides über die seinerseits stattgefundene Bevollmächtigung des Erstbelangten zum Abschluss der besagten Vereinbarung, endlich 3. den Erstbelangten bedingt für den Fall der Ablegung des Haupteides seitens des Klägers über die am 7. Juli 1889 stattgehabte Vereinbarung, nach dem Klagebegehren solidarisch verurtheilt.

Gründe:

Die Einwendung, dass die der Klage zugrunde liegende Vereinbarung dem Gesetze zuwiderlaufe, ist unbegründet. Denn dieselbe widerstreitet keineswegs den Bestimmungen des Hofd. vom 6. Juni 1838, JGS Nr. 277, weil dasselbe nur Verträge, welche auf die Verkürzung der Hypothekargläubiger und Executen bei executiven Feilbietungen abzielen, verbietet, während der Kläger durch Uebernahme der Verpflichtung zur Leistung des Ueberbotes lediglich des im § 10 der Exec.-Nov. eingeräumten Rechtes sich bediente, welches Gesetz den Zweck verfolgt, den gänzlichen materiellen Ruin des Executen und die Verschleuderung der Liegenschaften bei den executiven Feilbietungen zu verhindern. Durch die Einreichung des Ueberbotes erhöhte sich der Kaufschilling für das vorher lediglich um 1221 fl. veräusserte Anwesen um 244·20 fl. zum Besten der Hypothekargläubiger und der Executen selbst dann, wenn Letztere dem Kläger den Ersatz von 165·20 fl. geben sollten. Der Rechtsgiltigkeit dieser Vereinbarung und des hieraus abgeleiteten Klageanspruches steht auch der § 877 cit. nicht entgegen, weil es sich um eine selbstständige Uebereinkunft handelt, durch welche der bei der späteren executiven Feilbietung seitens der Executionsinstanz mit dem Kläger abgeschlossene Kaufvertrag keine Aenderung erleidet, indem Kläger eben durch die rechtsgiltige Erstehung der versteigerten Liegenschaft um den Kaufpreis per 1465·20 fl. seinen Anspruch auf Zahlung des zugesicherten Ersatzes rechtfertigt. Demgemäss waren mit Rücksicht auf das Ergebniss der Zeugenaussagen und der Verhandlung die Belangten theils unbedingt, theils bedingt zur Solidarzahlung nach dem Klagebegehren zu verfällen.

Ueber die Revision der Belangten bestätigte der OGH die E. des OLG unter Hinweis auf deren richtige Begründung.

3015.

Wenn erwiesen ist, dass die Unterfertigung eines Zustellungsausweises von der Person, zu deren eigenen Handen die Zustellung erfolgen sollte, nicht herrührt, obliegt der Nachweis darüber, dass die Zustellung trotzdem ordnungsgemäss erfolgt sei, Demjenigen, welcher aus derselben Rechte für sich ableitet.

E. v. 17. December 1890, Z. 13874. — (GZ 7 ex 92, Seite 53.)

I. KG als HG Zloczów.
II. OLG Lemberg.

Die Summarklage der Wanda S., Klägerin, gegen Markus R., um E., dass die Zahlungsauflage des Kreis- als Handelsgerichtes Zloczów vom 3. August 1870, der Klägerin nicht zugestellt worden und die sohin vollstreckte Execution für nichtig zu erklären sei und dass die Zustellung

der erwähnten Zahlungsauflage neuerlich verfügt werden solle, wurde von der I. J. abgewiesen.

Gründe:

Das Klagebegehren stützt sich auf die Behauptung, dass die Zahlungsauflage vom 3. August 1870 nicht zu eigenen Händen der Klägerin zugestellt wurde und dass die auf dem Zustellungsscheine vom 19. August 1870 befindliche Unterschrift weder von ihr eigenhändig, noch mit ihrer Einwilligung gegeben worden sei. Der Belangte bestreitet diese Angaben der Klägerin und wendet überdies a) die Unzulässigkeit des Summarverfahrens, b) die Klagscumulirung und c) die Unzuständigkeit zur E. des Klagebegehrens ad 2 ein. Was nun diese formellen Einwendungen betrifft, so sind dieselben unhaltbar. Denn ad a) handelte es sich um eine, überdies die Summe von 500 fl. ö. W. nicht übersteigende Wechselforderung (§ 12 MV vom 25. Jänner 1850, RGB Nr. 52); ad b) besteht zwischem dem Klagsbegehren ad 1 und 2 ein factischer und rechtlicher Zusammenhang, ad c) ist das Klagsbegehren auf ein persönliches Recht gerichtet, daher die Vorschrift des § 52 JN hier nicht platzgreift. In der Sache selbst erscheint als streitentscheidend blos der Umstand, ob die Zustellung der Zahlungsauflage zu eigenen Händen der Klägerin erfolgte. Der Umstand hingegen, ob die Klägerin den Zustellungsschein eigenhändig gefertigt hat oder nicht, muss als belanglos betrachtet werden, weil selbst in letzterem Falle die Möglichkeit nicht ausgeschlossen ist, dass die Klägerin thatsächlich die Zahlungsauflage eigenhändig übernahm. Es kann demnach der durchgeführte, übrigens zu Gunsten der Klägerin ausgefallene Kunstverständigenbeweis über den Umstand, dass die Unterschrift auf dem in Rede stehenden Zustellungsscheine nicht von der Klägerin herrühre, gar nicht gewürdigt werden. Als einziges Beweismittel über den streitentscheidenden Umstand der nicht erfolgten Zustellung bliebe somit für die Klägerin der Beweis durch den rückschiebbaren Haupteid, welcher aber, da der Belangte von dem besagten Umstande eine Kenntniss nicht hat und nicht haben kann und daher diesen Haupteid zurückschieben müsste, sich als ein in der Gerichtsordnung unbekannter Selbsteid und demnach als unzulässig darstellt. Nachdem sonach der dem Klagebegehren zu Grunde liegende Thatumstand beweislos dasteht, so war die Klage unbedingt abzuweisen.

Ueber den Recurs der Klägerin erkannte das OLG hinsichtlich des Klagebegehrens ad 1 gemäss der Klage, wenn die Klägerin den Haupteid ablegt dahin: „dass Klägerin ihren Ehegatten Carl S. zur Beisetzung ihres Vor- und Zunamens auf dem Zustellungsscheine über die für sie bestimmte Zahlungsauflage vom 3. August 1870 nicht ermächtigt habe“. Dem Klagsbegehren ad 2 (betreffend die neuerliche Veranlassung der Zustellung) wurde keine Folge gegeben.

Gründe:

Mit Unrecht hat die I. J. die Klägerin unbedingt abgewiesen, indem der angebotene Haupteid als unzulässig erklärt wurde. Streitentscheidend ist zweifellos ausschliesslich der Umstand, ob die Zustellung der Zahlungsauflage gerichtsordnungsmässig erfolgte. Der diesbezügliche Zustellungsschein besass vollen Glauben, insolange nicht das Gegentheil der durch ihn bezeugten Thatsache erwiesen ward. Nun haben die Kunstverständigen im Schreibfache übereinstimmend ausgesagt, dass die Namensfertigung der Klägerin auf dem in Rede stehenden Zustellungsscheine nicht von ihrer Hand herrühre, sondern von der Hand ihres verstorbenen Ehegatten beigesetzt wurde. Sobald aber dies feststeht, so kann der Zustellungsschein nur insoferne noch als Beweis der Zustellung gelten, als der erwähnte Ehegatte der Klägerin mit ihrer Ermächtigung den genannten Zustellungsschein mit ihrer Unterschrift versah. Die Klägerin bestreitet dies und behauptet vielmehr, dass sie eine derartige Ermächtigung ihrem Ehegatten nicht ertheilt habe; wenn nun der Klägerin der hierüber angebotene Beweis durch den Haupteid gelingt, so würde sich in der That das Klagsbegehren ad 1 als gegründet darstellen. Nur eine gerichtsordnungsmässige Zustellung kann die im Gesetze vorgesehenen Folgen nach sich ziehen und es ist daher der Umstand, ob die Zahlungsauflage auf irgend eine andere Weise in die Hände der Klägerin gelangte, belanglos; übrigens hat die Klägerin auch dies bestritten, während der Belangte, wie dies seine Sache wäre, es weder behauptet, noch viel weniger unter Beweis gestellt hat. Keineswegs kann der Anschauung des ersten Richters beigepflichtet werden, dass der von der Klägerin angebotene Eid unzulässig sei. Die Vorschrift des § 280 wg. GO spricht sicherlich nicht dafür, und wenn auch die Gerichtspraxis dieses Beweismittel zuweilen ausschliesst, so bezieht sich dies blos auf jene Thatsachen, über welche die dritte Person eine Kenntniss unbedingt nicht erlangen konnte, nicht aber auf diejenigen, sei es positiven, sei es negativen Ereignisse, von deren Wahrheit Derjenige, dem daran gelegen war, überhaupt sich zu erkundigen im Stande war. Es lässt sich nicht läugnen, dass der Belangte entweder unmittelbar bei der Klägerin, oder bei ihrem Ehegatten, oder endlich bei dem betreffenden Gerichtsdiener erfahren konnte, ob die Klägerin die Zahlungsauflage thatsächlich erhielt, respective ob sie den Zustellungsschein selbst oder durch Vermittlung ihres Ehegatten unterschrieb. Jedenfalls würde der Belangte zu dieser Kenntniss gelangt sein, wenn er zeitgerecht die ihm aus der Zahlungsauflage erwachsenen Rechte ausgenützt haben würde, d. i. zur Zeit, als sowohl der Ehegatte der Klägerin, wie auch der zustellende Gerichtsdiener noch am Leben waren. Es ist ein Verschulden des Belangten, dass er durch 18 Jahre seine Rechte nicht verfolgt hat, respective erst damals auftrat, als der Gerichtsdiener und der Ehegatte der Klägerin, welche vielleicht die Behauptung der Klägerin zu widerlegen und dem Be-

langten zum Gegenbeweis zu dienen im Stande wären, bereits mit dem Tode abgegangen waren. Dieser letztere Umstand scheint darauf hinzudeuten, dass dem Belangten die stattgefundene Vorschriftswidrigkeit in der Zustellungsart bekannt war und spricht somit für die Wahrheit des Beweisthemas. Desshalb musste das angefochtene U. abgeändert und der Erfolg des Rechtsstreites hinsichtlich des Klagebegehrens ad 1 von der Ablegung des Eides abhängig gemacht werden, zumal es der Billigkeit entspricht, dass die Klägerin bei Abgang einer rechtlichen Grundlage nicht zur Verantwortung gezogen werde, vielmehr der Belangte mit seinen eventuellen Schadenersatzansprüchen an diejenigen Personen sich wende, welche durch ihr eigenmächtiges oder ungehöriges Vorgehen den Schaden ihm verursachten. Das Klagsbegehren ad 2, dass die Zustellung der oft erwähnten Zahlungsauflage zu eigenen Händen der Klägerin verordnet werde, muss abgewiesen werden, weil der Klägerin zu einem derartigen Begehren die active Legitimation mangelt, es vielmehr Sache des Belangten sein wird, im Falle der Rechtskraft des U. und Ablegung des der Klägerin vorbehaltenen Eides die geeigneten Schritte zu unternehmen.

Der OGH gab der Revisionsbeschwerde des Belangten keine Folge und fand das obergerichtliche Reformaturtheil zu bestätigen aus folgenden

Gründen:

Die in der Revisionsbeschwerde behauptete Nichtigkeit des Verfahrens, welche darin gefunden werden will, dass im vorliegenden Rechtsstreite das summarische Verfahren eingeleitet worden ist, kann angesichts der Sachlage als vorhanden nicht angesehen werden, und es reicht in dieser Beziehung hin, auf die diesfällige Begründung der untergerichtlichen U. zu verweisen. In der Sache selbst muss die dem Klagebegehren zur Stütze dienende Behauptung der Klägerin, dass ihr die wechselgerichtliche Zahlungsauflage, auf deren Grundlage dem Belangten die Execution in das unbewegliche Vermögen der Klägerin bewilligt wurde, zu eigenen Händen nicht zugestellt worden ist, als streitentscheidend erkannt werden. Nach § 505 wg. GO war die gedachte Zahlungsauflage der Klägerin zu eigenen Händen zuzustellen, und nach § 214 des kais. Patents vom 3. Mai 1853, RGB Nr. 81, war der mit dieser Zustellung betraute Gerichtsdiener verpflichtet, selbe der Vorschrift der GO gemäss zu besorgen, und die Zustellung von der Klägerin als Empfängerin bescheinigen zu lassen. Wenn diese Zustellung den angezogenen ausnahmslosen gesetzlichen Bestimmungen nicht entsprach, somit gesetzwidrig war, so kann sie als für die Klägerin rechtsverbindlich nicht angesehen werden und könnte in diesem Falle die Zahlungsauflage selbst zur Grundlage einer Executionsführung überhaupt nicht dienen. Hat der Erkenntnissrichter die Execution bewilligt, so geschah es offenbar nur deshalb, weil er angesichts des in den Acten erliegenden Empfangscheines die an die Klägerin

zu eigenen Händen angeordnete Zustellung der Zahlungsauflage für gerichtsordnungsmässig bewirkt und folgerichtig die Gesetzmässigkeit der Zustellung selbst für ausgewiesen hielt. Nun ergibt sich aus dem durchgeführten Sachverständigenbeweise, dass dieser Ausweis durch den gedachten Empfangschein nicht geliefert ist, weil denselben nicht die Klägerin, sondern ihr damaliger Ehemann Carl S. gefertigt hat. Die auf dem Empfangscheine ersichtliche Bestätigung des Gerichtsdieners, dass er die Zustellung bewirkte, kann jenen mangelnden Ausweis nicht ersetzen, weil in der Bestätigungsclausel nicht angegeben ist, dass die Zustellung an die Klägerin selbst erfolgte und dieser Umstand von der Klägerin auf das Bestimmteste in Abrede gestellt wird. Der Beweis dieses Umstandes lag aber, bei nachgewiesener gesetzwidriger Ausfüllung des Empfangsscheines in Betreff der Unterschrift nicht der Klägerin, sondern dem Belangten ob, welcher denselben gar nicht angeboten hat. Mit Rücksicht auf diese Sachlage wäre dem Klagebegehren unbedingt stattzugeben gewesen und hat der Belangte keinen Grund, sich gegen das der Klägerin einen überflüssigen Beweis auferlegende oberlandesgerichtliche U. zu beschweren. Dem Angeführten zufolge ist die vorliegende Revisionsbeschwerde im Ganzen unbegründet und war daher derselben keine Folge zu geben.

3016.

Für die Entlohnung eines Notars als Gerichtscommissärs haftet der Staatsschatz nicht.

E. v. 30. December 1890, Z. 14357. — (GH 40 ex 91, Seite 324.)

In einer Executionssache wurde vom Kreisgerichte N. dem Notar X. als Gerichtscommissär der Auftrag gegeben, an einem bestimmten Tage und zu einer bestimmten Stunde eine executive Schätzung eines Tabularkörpers vorzunehmen.

In Befolgung dieses Auftrages begab sich X. an jenem Tage an Ort und Stelle, traf jedoch weder den Executen noch den Executionsführer an und kehrte unverrichteter Dinge in seinen Amtsort zurück.

Für diese versuchte Amtshandlung wurden dem X. vom Kreisgerichte 11 fl. zuerkannt, und da dieser Betrag von dem Executionsführer nach Art der Taxen nicht eingetrieben werden konnte, so stellte X das Begehren: ihm diesen Betrag aus den Pauschalgeldern des Kreisgerichtes oder aus einem anderen Staatsfonde auszuzahlen, weil Derjenige, der eine Arbeit bestellt, auch den Lohn hiefür zu entrichten habe (§ 1152 ABG).

Die beiden Untergerichte haben jedoch dem Begehren des X. keine Folge gegeben und der OGH hat ebenfalls den a. o. Revisionsrecurs zurückgewiesen, weil keine gesetzliche Bestimmung vorhanden ist, die den Anspruch des Beschwerdeführers rechtfertigen würde.

3017.

Die Nachlasseinantwortungsdecrete sind keine executionsfähigen Urkunden.

E. v. 30. December 1890, Z. 14580. — (GH 41 ex 91, Seite 332.)

Nach dem Tode des X. wurde dessen, aus einer Grundwirthschaft bestehender Nachlass seinem Bruder Johann X. in die einstweilige Verwaltung übergeben, und nachher seinen Geschwistern, darunter auch dem jüngeren Bruder Stefan X in einem Fünftel-Theile eingeantwortet.

Nachdem die Einverleibung des Eigenthumsrechtes der Erben in dem Grundbuche erfolgte, bat Stefan X. um die gerichtliche Einführung in den idealen Besitz eines Fünftel-Theiles der Grundwirthschaft X und diesem seinem Ansuchen wurde auf Grundlage des § 19 des Abh.-Pat. vom Abhandlungsgerichte stattgegeben.

Die II. J. hat das Ansuchen des Stefan X. zurückgewiesen und denselben mit dem diesbezüglichen Anspruche auf den Rechtsweg gewiesen, weil die Amtshandlung des Abhandlungsrichters mit der Einantwortung des Nachlasses beendigt war (§ 819 ABG und § 174 des Abh.-Pat.) und die Einführung eines der Erben, ohne Zustimmung anderer Erben, in den idealen Besitz einer gemeinschaftlichen Sache (§ 823 ABG) unzulässig erscheint, daher Stefan X. wegen Erlangung der Mitverwaltung und Mitbenützung einer gemeinschaftlichen Sache auf den Rechtsweg zu verweisen war (§§ 830, 833, 836, 839 und 840 ABG).

In dem Revisionsrecurse führte Stefan X. an, dass er die ihm zugefallene und eingeantwortete Verlassenschaft des X. eigenmächtig in Besitz nicht nehmen könne, folglich dieselbe, da deren einstweilige Verwaltung durch Johann X. mit dem Augenblicke der Einantwortung des Nachlasses aufgehört hat und indirect herrenlos liege, ihm vom Abhandlungsrichter, sogar von Amtswegen, hätte übergeben werden sollen.

Der OGH bestätigte in Erwägung, dass die Einantwortungsverordnung zwar die Anerkennung des Erbrechtes, aber kein Executionsrecht enthält, dessen Anerkennung vielmehr lediglich im ordentlichen Rechtswege angestrebt werden könne, die obergerichtliche E.

3018.

Grenzen der Haftung des Staates aus einem vor dem Inslebentreten des Gesetzes vom 12. Juli 1872, RGB. Nr. 12, stattgehabten Verschulden des Gerichtes.

E. v. 20. Jänner 1891, Z. 14593. — (NZ 28 ex 93, Seite 176.)

Im Jahre 1870 wurden die Acten der Vormundschaftspflege über die dazumal minderjährige Marie S. lediglich in der Registratur des BG zu P. hinterlegt. Hierdurch behauptet nun Marie S., derzeit verehelichte

M., einen Schaden erlitten zu haben und stellt in der beim OLG eingereichten Syndicatsklage wider das durch die Finanzprocuratur vertretene Aerar das Klagebegehren auf Ersatz des Schadens, welchen ihr das BG zu P. als Vormundschaftsinstanz durch die Unterlassung der Amtspflichten, welche nach dem Gesetze den bei diesem Gerichte angestellten Justizbeamten hinsichtlich der Verwaltung ihres Vermögens oblagen, in dem liquidirten Gesammtbetrage per 8183·94 fl. s. N. G. zugefügt habe.

Das OLG hat jedoch diese Syndicatsklage unter Verfällung der Klägerin in den Ersatz der auf den Betrag von 223·57 fl. bestimmten Gerichtskosten abgewiesen, aus folgenden

Gründen:

Vor dem Inkrafttreten des in Ausführung des Artikels IX des Staatsgrundgesetzes vom 21. December 1867, RGB Nr. 144, erlassenen Gesetzes vom 12. Juli 1872, RGB Nr. 112, haftete der Staat für die durch die Gerichtsbeamten in Ausübung ihrer Amtsgewalt verschuldeten Rechtsverletzungen nur in sehr beschränkter Weise, wie dies aus dem § 265 ABG, dann den §§ 90 bis 95 des Patentes vom 20. Juni 1850, RGB Nr. 258, aus dem § 59 des Patentes vom 3. Mai 1853, RGB Nr. 81, und aus dem § 7 der kais. Verord. vom 12. März 1859, RGB Nr. 46, hervorgeht; denn laut des zuletzt bezogenen Gesetzes wurde die Staatscasse lediglich für jene Abgänge als unmittelbar haftend anerkannt, welche anlässlich der Verwahrung des den landesfürstlichen Justizbehörden gehörig übergebenen Vermögens etwa hervorkommen würden. In allen übrigen etwa besonders rücksichtswürdigen Fällen war die Frage, ob der einer Partei durch das Verschulden der Gerichtspersonen zugefügte Schaden ungeachtet der mangelnden Haftbarkeit des Staates dennoch aus der Staatscasse zu ersetzen sei oder nicht, mit Bedacht auf das Ergebniss des Syndicatsverfahrens und auf die Vermögensverhältnisse des Schuldtragenden zu entscheiden, und zwar durch das einverständliche Benehmen der Ministerien der Justiz und der Finanzen im administrativen Wege; im Falle der Nichtübereinstimmung dieser Ministerien war die allerhöchste Schlussfassung einzuholen. Erst durch den Artikel IX des citirten Staatsgrundgesetzes wurde festgesetzt, dass der Staat wegen der von seinen richterlichen Beamten in Ausübung ihrer amtlichen Wirksamkeit verursachten Rechtsverletzungen belangt werden könne, allein dieses Klagerecht durch ein besonderes Gesetz werde geregelt werden, welches eben am 12. Juli 1872, RGB Nr. 112, erschien und im § 29 ibid. die ausdrückliche Bestimmung enthält, dass Ersatzansprüche, welche auf Grund einer der Wirksamkeit des Gesetzes vorhergegangenen Rechtsverletzung erhoben werden, nach den zur Zeit der erfolgten Rechtsverletzung in Wirksamkeit gestandenen gesetzlichen Bestimmungen zu beurtheilen sind. Nach der Actenlage kann jedoch das Gesetz vom 12. Juli 1872, RGB Nr. 112, auf

die vorliegende Angelegenheit nicht angewendet werden. In der Syndicatsklage wird nämlich der Klagegrund aus den nachfolgenden Thatsachen abgeleitet, dass nämlich das BG zu P. als Pupillarinstanz der Klägerin mit dem B. vom 28. August 1870, Z. 2001, zwar verordnete, dass das bei dem BG zu Neuhaus über die Regelung des Nachlasses nach der Mutter der Klägerin, Karoline Sk., aufgenommene Abhandlungsprotocoll ddto. 4. August 1870, Z. 6768, im Waisenbuche ausgezeichnet, dann aufbewahrt werden und als Grundlage bei der Prüfung der jährlich abzulegenden Vormundsrechnung dienen soll, und dass ferner in der That auch der Vormund der Klägerin, Ignaz S., aufgefordert wurde, die Forderung der Klägerin wider die Franziska Sw. aus Neu-Oetting per $5022 \cdot 47^1/_2$ fl. innerhalb sechs Wochen sicherstellen zu lassen, dass aber die Klägerin als Pupillin in das Waisenbuch nicht eingetragen, und die dem Vormund gesetzte Frist nicht in Evidenz gehalten wurde, dass ferner derselbe Vormund zwar mit dem B. ddto. 25. Juli 1871, Z. 1947, zur Quittirung der seitens einer anderen Schuldnerin, der Marie Kl., erlegten Schuldsumme per $829 \cdot 12^1/_2$ fl. ermächtigt und zur fruchtbringenden Anlegung dieses Betrages angewiesen wurde, dass aber auch dieser Auftrag nicht in Evidenz gehalten, sondern die Acten dieser Vormundschaft seither durch elf Jahre bis zum Ansuchen der Klägerin um Grossjährigkeitserklärung im Jahre 1882 in der Registratur unberührt reponirt worden sind, wodurch die Klägerin einen bedeutenden Schaden, insbesondere auch durch Nichtabführung und Nichtverrechnung der Nutzungen von ihrer Realität erlitten hat. Insoferne jedoch die Klägerin ihren Schaden aus der Nichtbeachtung der obcitirten B. und der Unterlassung der Evidenzhaltung der besagten Vormundschaftsacten ableitet, kann sie sich auf das Gesetz vom 12. Juli 1872, RGB Nr. 112, nicht mit Erfolg berufen, weil jene Unterlassungen der Amtspflicht aus der Zeit vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes herrühren.

Ueber Appellation der Klägerin hat der OGH die angefochtene E. bestätigt, jedoch aus nachstehenden

Gründen:

Die Verletzung der Amtspflichten der Pupillarinstanz in Betreff ihrer Function, woraus der Klägerin der liquidirte Schaden zugegangen sein soll, besteht darin, dass unterlassen wurde, das oberwähnte Abhandlungsprotocoll nach der Mutter der Klägerin laut des B. vom 20. August 1870, Z. 2001, im Waisenbuche auszuzeichnen und die dem Vormunde betreff der Sicherstellung der Forderung der Klägerin per $5022 \cdot 47^1/_2$ fl. ob den Realitäten des Schuldners gesetzte Frist in Evidenz zu halten, obwohl Beides im Hinblick auf die §§ 207 und 208 ABG, dann den § 186 des Abh.-Pat. gegebenen Falles sofort zu geschehen hat. Allein diese Rechtsverletzung ereignete sich schon vor dem Inkrafttreten des Gesetzes

vom 12. Juli 1872, und da erst durch dieses Gesetz das Klagerecht wider den Staat festgestellt, beziehungsweise die Haftung desselben für den durch Verschulden des Richters in Ausübung seiner Amtspflicht entstandenen Schaden ausgesprochen worden ist, so stellt sich der Anspruch der Klägerin als unbegründet dar und war abzuweisen, ohne dass es nothwendig wäre, in eine Erörterung darüber einzugehen, ob die Klägerin thatsächlich einen Schaden erlitt, und ob derselbe in causalem Zusammenhange mit der der Pupillarinstanz zur Schuld gelegten Unterlassung, das ist Verletzung der Amtspflicht sich befindet. Die Klägerin wendet zwar ein, dass jene Rechtsverletzung nicht als im Jahre 1870 beendet anzusehen sei, einerseits weil sich für die Pupillarinstanz der Anlass zur Revidirung der Vormundschaftsacten schon damals ergab, als die Maria Kl. ihre Schuldsumme erlegte und der Vormund zur Quittirung und Elocirung derselben angewiesen wurde, welcher Auftrag eben auch im Waisenbuche nicht ausgezeichnet erscheint, andererseits aber weil das BG P. bis Mitte Februar 1882 Vormundschaftsinstanz blieb und als solche alljährlich die Vormundschaftsacten zu perlustriren und auf die Ablegung der Vormundsrechnung anzudringen gehalten war. Allein der Erlag seitens der Maria Kl., der diesfällige Auftrag an den Vormund und die Unterlassung der Auszeichnung desselben im Waisenbuche, sowie der Evidenzhaltung der betreffenden Frist fielen insgesammt schon in das Jahr 1871, daher abermals in die Zeit vor dem Inslebentreten des Gesetzes vom 12. Juli 1872. Dass jedoch die auf die Vormundschaftspflege betreff der Klägerin sich beziehenden Acten in der Registratur deponirt wurden und demgemäss diese Vormundschaft überhaupt aus der Evidenz gerieth, dass kein Ueberblick über die Art und Weise, wie der Vormund Ignaz Sw. die Vormundschaft führe, bestand, derselbe insbesondere nicht zur Ablegung der Vormundschaftsrechnung verhalten wurde, wie dies § 239 ABG und § 207 Abh.-Pat. anordnet, und dass dieser Stand der Dinge bis zur Einbringung des Ansuchens der Klägerin um Grossjährigkeitserklärung fortdauerte, dieses Alles war nur die Folge der Unterlassung der Auszeichnung der Angelegenheit im Waisenbuche, wie die Klägerin selbst anerkennt, kann aber nicht als eine selbstständige, eine Rechtsverletzung verursachende Unterlassung angesehen werden, weil kein Gesetz besteht, welches dem Gerichte zur Pflicht machen würde, alljährlich die Registratur zu perlustriren und die Vormundschaftsacten zu dem Ende durchzusehen, damit das Erforderliche in einer jeden einzelnen Vormundschaftspflege angeordnet werde, und weil eine solche Verpflichtung an und für sich dem Gerichte nicht aufgebürdet werden kann. Die Auszeichnung der Angelegenheit im Waisenbuche soll dem Richter blos die Evidenzhaltung selbst ermöglichen und das Verschulden der Pupillarinstanz beruht eben nur in der Nichtbefolgung der bezüglich der Führung des Waisenbuches bestehenden gesetzlichen Bestimmungen, worauf die Klägerin ihren Schadenersatzan-

spruch stützt, welche Bestimmungen jedoch nach den vor der Activirung des Gesetzes vom 12. Juli 1872, RGB Nr. 112, bestandenen Vorschriften dem Klagsanspruche gezeigtermassen keine hinreichende Stütze gewähren.

3019.

Vorzugsrecht der Sequestrationskosten einer später executiv versteigerten Realität beim Meistbote der letzteren.

E. v. 11. Februar 1891, Z. 1422. — (GZ 7 ex 93, Seite 54.)

I. BG Trebitsch.

II. OLG Prag.

Den in der Executionssache der Občanská záložna in X wider B in Y pcto. 300 fl. c. s. c. ergangenen, den Meistbot für die executiv versteigerte Realität Nr. 93 in Y vertheilenden Bescheid der I. J. hat die Tabulargläubigerin A unter Anderem insofern in Recurs gezogen, als die Kosten des über das Gesuch des Gläubigers C bestellten Sequesters C im Betrage per 292·15 fl. als Vorzugspost auf den Meistbot und die Recurrentin mit ihren gegen die Locirung der Sequestrationskosten als Vorzugspost erhobenen Einwendungen unter Festsetzung einer 30tägigen Frist zur Einbringung der Vorrechtsklage auf den Rechtsweg gewiesen wurde.

Das OLG hat dem Recurse gegen jenen Theil des Meistbotsvertheilungsbescheides, womit die Kosten des Sequesters im Betrage per 292·15 fl. als Vorzugsposten auf den Meistbot gewiesen und der Recurrentin die Einbringung der Vorrechtsklage gegen die Locirung dieser Sequestrationskosten vorbehalten wurde, stattzugeben und den angefochtenen Bescheid in diesem Punkte dahin abzuändern befunden, dass C mit seinem Begehren um Zuweisung der Sequestrationskosten per 292·15 fl. aus dem Meistbote abgewiesen und der hiedurch freiwerdende Betrag per 292·15 fl. auf das im Absatze 6 des Meistbotsvertheilungsbescheides der Ausgedingerin A vorbehaltene Bedeckungscapital per 1868 fl. gewiesen wird, so dass nunmehr aus dem Meistbote für dieses Bedeckungscapital ein Gesammtbetrag von 842·25 fl. erübrigt und A nur mit einem Restbetrage von 1025·75 fl. dieses Bedeckungscapitales leer ausgeht; denn es besteht kein gesetzlicher Grund, die von C liquidirten Sequestrationskosten auf den Meistbot überhaupt, geschweige denn als Vorzugspost zu weisen, weil durch die erwirkte executive Sequestration das Pfandrecht nach § 452 ABG und § 320 AGO nur an den Früchten der sequestrirten Realität, keineswegs aber auch an der Substanz der Realität, resp. deren Werth gesichert wurde, daher auf Grund dieses Pfandrechtes die Befriedigung der Forderung des Sequestranten und die Deckung der Sequestrationskosten nur aus dem Erlöse des Verkaufes der Früchte erholt werden kann, dagegen der Anspruch auf Bezahlung der Sequestrationskosten aus der Substanz der Realität, resp. aus dem dafür erzielten Kaufschillinge im Hinblicke

auf die Bestimmungen des Hofd. vom 12. October 1790, Nr. 63 und vom 6. Mai 1814, JGS Nr. 1085, nicht gegründet ist. Uebrigens kann in dem vorliegenden Falle eine Zuweisung der Sequestrationskosten auf den Meistbot umsoweniger erfolgen, als die executive Feilbietung der Realität Nr. 93 in Y bereits mit dem Bescheide der I. J. vom 8. März 1890, Z. 2341, bewilligt worden ist, und der Sequestrationswerber, welchem der Feilbietungsbescheid laut des in den Acten erliegenden Zustellungsausweises schon am 19. März 1890 zugestellt worden ist, das Gesuch um die executive Sequestration der Realität Nr. 93 in Y erst unter dem 27. März 1890, Z. 3046, überreicht hat, derselbe sich daher vor Augen halten musste, dass er aus dem Meistbote nicht zur Befriedigung gelangen könne, und dass auch bei der Feilbietung im Hinblicke auf die bereits früher genehmigten Feilbietungsbedingnisse auf die Sequestration keine Rücksicht genommen werden könne. Aus den vorstehenden Erwägungen musste der erstrichterliche Bescheid in dem die Sequestrationskosten des C. betreffenden Theile in Stattgebung des Recurses in der obangeführten Weise abgeändert werden.

Der OGH hat unter Abänderung der obergerichtlichen Entscheidung in ihrem abändernden Theile den erstgerichtlichen Bescheid in Gänze wieder herzustellen befunden; denn nach der Actenlage hat C um die Sequestration der seiner Schuldnerin B gehörigen Realität Nr. 93 in Y im Grunde des § 293 AGO mit der Motivirung angesucht, dass letztere aus dem Grunde, weil die executive Feilbietung ihrer Realität bereits ausgeschrieben war und selbe auch keine Mittel hat, die Realität im Frühjahre unbebaut lässt und so die Gefahr vorhanden ist, dass die dazugehörigen Felder brach liegen bleiben werden. Die B hat im Protokolle vom 10. April 1890 zugestanden, dass sie nicht im Stande sei, die zu ihrer Realität gehörigen Grundstücke zu bebauen und wurde mit dem Bescheide vom 4. April 1890, Z. 3494, die Sequestration der fraglichen Realität nach § 293 AGO bewilligt, Recurrent zum Sequester bestellt und ihm das Decret mit der Weisung ausgefertigt, die sequestrirte Realität als ein guter Hausvater zu verwalten. Als bestellter Sequester hat Recurrent bis zum 3. Juni 1890, als dem Tage des executiven Verkaufes, unter dem 7. Juni 1890 die Rechnung gelegt, welche nach der Natur der Sache unter Post Nr. 1 bis 11 blos die Ausgaben für die Bearbeitung, die Düngung und den Anbau der Grundstücke enthält. Bei der zur Einvernahme sämmtlicher Interessenten auf den 23. Juli 1890 bestimmten Tagfahrt wurde von denselben keine der Ausgabsposten in Bezug auf deren Richtigkeit bestritten und nur von den Sachverständigen die Ziffer auf den Betrag von 292·15 fl. herabgesetzt, wogegen ebenfalls von keiner Seite ein Einwand erhoben wurde. Wen daher C bei der gleichzeitig abgehaltenen Liquidirungstagfahrt vom 23. Jänner 1890 diese Ausgaben in der Höhe von 292·15 fl. zum Kaufschillinge als Vorzugspost angemeldet und der erste Richter sie

als Vorzugspost auf den Kaufschilling zugewiesen hat, so entspricht dieser Ausspruch dem Gesetze und der Actenlage, weil der Sequester als gerichtlich bestellter Verwalter der mittlerweile verkauften Realität nach §§ 1042, 1036 und 1037 ABG Anspruch auf den Ersatz der von ihm für einen Dritten bestrittenen Auslagen aus der seiner Verwaltung anvertrauten Realität, beziehungsweise aus dem Kaufpreise hat und sein Vorzugsrecht in §§ 28, 29 und 31 CO gegründet ist, da es sich eben um Auslagen handelt, welche mit der Erhaltung, Verwaltung und Bewirthschaftung der Realität verbunden waren, in ihrer Verausgabung von Niemandem bestritten wurden und aus den Früchten nicht eingebracht werden konnten, weil die Realität am 3. Juni 1890, mithin zu einer Zeit executiv verkauft und der Ersteherin in den physischen Besitz und Genuss übergeben wurde, zu welcher die Grundstücke noch keinen Ertrag abgeworfen haben, übrigens bei Prüfung der Sequestrationsrechnung von keinem der Betheiligten das Vorhandensein einer Einahmspost behauptet wurde. Aus diesen Gründen war dem Revisionsrecurse stattzugeben und der erstrichterliche Vertheilungsbescheid in seinem abgeänderten Theile wieder herzustellen.

3020.

Zum Zustandekommen eines Pachtvertrages genügt es nicht, dass der Pachtzins blos bestimmbar ist; derselbe muss vielmehr ein genau bestimmter sein.

E. v. 6. Februar 1891, Z. 997. — (GH 48 ex 92, Seite 407.)
I. BG Grein.
II. OLG Wien.

A hatte mittelst Vertrages vom 14. October 1886 von der B die der Letzteren eigenthümlich gehörigen Steinbruchsrechte auf die Dauer von 20 Jahren gegen dem in Bestande genommen, dass A nach Punkt V des genannten Vertrages verpflichtet sein soll, für je 1000 Stück gewonnene Pflastersteine, mit Inbegriff der Würfelsteine und der ordinären Platten, sowie für je 1100 Stück 6/6zöllige Würfelsteine den Betrag von 5 fl. an die Verpächterin B zu bezahlen. Zum Betriebe dieser gepachteten Steinbrüche miethete A auch mittelst Vertrages vom 18. October 1886 mehrere Localitäten des der B gehörigen Hauses, und zwar theils zur eigenen Benützung, theils zur gemeinschaftlichen Benützung mit der Vermietherin, ebenfalls auf die Dauer von 20 Jahren, und war zwischen den Contrahenten vereinbart, dass das Entgelt für diese Localitäten in dem für die Ueberlassung der Steinbrüche zu zahlenden Entgelt inbegriffen erscheine.

A belangte nun die Erbin der B auf Herstellung der an dem Hause befindlichen Baugebrechen und Mängel, welche, wie durch den vor Einbringung der Klage aufgenommenen Sachbefund zum ewigen Gedächtnisse

constatirt wurde, schon zur Zeit des Abschlusses des Vertrages vom 18. October bestanden haben. Kläger hat auch im Laufe der Verhandlung über seine Klage zugegeben, dass er zur Zeit des Vertragsabschlusses diese mangelhafte Beschaffenheit der ihm zur Benützung überlassenen Bestandtheile des Hauses kannte, dass er in Kenntniss dieses Umstandes und auch in Kenntniss des Umstandes, dass der B die finanziellen Mittel zur Beseitigung der Mängel fehlen, den Vertrag vom 18. October abschloss, ohne sich die Beseitigung der Baugebrechen zu bedingen.

Die I. J. erkannte die Geklagte für schuldig, in Gemeinschaft mit dem Kläger die von diesem begehrten Herstellungen vorzunehmen und die Kosten derselben zur Hälfte zu tragen.

Gründe:

Das durch die dem Rechtsstreite zu Grunde liegenden Pachtverträge gegründete Rechtsverhältniss der beiden Streittheile ist nicht, wie diese annehmen, das eines Bestand-, sondern gemäss § 1103 ABG das eines Gesellschaftsvertrages, da der für ersteren gemäss § 1090 ABG erforderliche bestimmte Preis fehlt und an dessen Stelle ein einen auf die ganze Nutzung sich beziehenden Theil bildender Vortheil tritt, nämlich für je 1000 Pflastersteine der Betrag von 5 fl. Es liegt in dieser Annahme des Gerichtes nicht etwa eine Verletzung des Verhandlungsgrundsatzes zu Grunde, da der Richter nur in den Thatsachen an die Angaben der Parteien gebunden erscheint, in der rechtlichen Auffassung einer Sachlage jedoch unabhängig ist.

Durch den Sachbefund ist die Nothwendigkeit der in der Klage angegebenen Herstellungen zum ordentlichen Gebrauche der gemeinsamen Sache erwiesen und gemäss §§ 1175, 1184, 1185 ABG waren dieselben von den Theilhabern sowohl hinsichtlich der Vornahme als der Auslagen gemeinschaftlich zu tragen.

Ueber Appellation beider Theile hat das OLG das Klagebegehren zur Gänze abgewiesen.

Gründe:

Der Vertrag vom 18. October 1886 und der damit im Zusammenhange stehende Vertrag vom 14. October 1886, beide von den Streittheilen als „Pachtvertrag“ bezeichnet, sind weder ein Bestandvertrag, noch ein Gesellschaftsvertrag, sondern ein ungenannter Vertrag.

Denn zu einem Bestandvertrage, gleichviel ob Mieth- oder Pachtvertrag, fehlt die im § 1090 ABG vorgeschriebene genaue Bestimmung des Bestandzinses, da der Preis, um welchen dem Kläger die Ausübung der Steinbruchsrechte und die Benützung der im Vertrage vom 18. October 1886 bezeichneten Objecte auf 20 Jahre überlassen wurde, nach Abs. II des Vertrages vom 18. October 1886 und Absatz V des Vertrages vom 14. October 1886 ein verschiedener sein kann.

Und ein Gesellschaftsvertrag (§ 1103 ABG) ist nicht vorhanden, weil der Bestandzins nicht in einem aliquoten Theile der Früchte, nicht in einem mit dem Erträgnisse der Steinbrüche in genauem Verhältnisse stehenden und einen bestimmten Theil derselben bildenden Betrage bedungen wurde, der Geklagten auch kein Antheil an dem Schaden, welchen der Betrieb der Steinbrüche nach sich ziehen kann, zu Gute oder zur Last fällt, indem sie weder einen Theil des Erzeugnisses selbst, noch des Werthes, sondern nur einen nach der Menge desselben bestimmten Geldbetrag zu fordern, andererseits wenn etwa die Kosten das Erträgniss übersteigen, zu dem Verluste nichts beizutragen hat.

Es muss also das durch die beiden Verträge geschaffene Rechtsverhältniss nach seiner Natur und der Absicht der Parteien beurtheilt werden und stellt sich dasselbe als ein obligatorisches Verhältniss dar, das einem Bestandvertrage gleicht (§ 7 ABG).

Die Beklagte als Erbin der B ist nach dem Uebeinkommen vom 18. October 1886 verbunden, die Benützung rücksichtlich Mitbenützung der in diesem Vertrage bezeichneten Bestandtheile ihres Hauses durch den Kläger zum Betriebe der Steinbrüche zu dulden und ist das Entgelt hiefür in dem für die Ausbeutung der Steinbrüche gemäss Absatz V des Vertrages vom 14. October 1886 von dem Kläger zu entrichtenden Entgelt inbegriffen.

Wird nun erwogen, dass durch den Sachbefund und Geständniss des Klägers festgestellt ist, dass die durch diesen Sachbefund constatirten, den ordentlichen Gebrauch hindernden Baugebrechen und Mängel des Hauses bereits zur Zeit des Abschlusses des Vertrages vom 18. October 1886 bestanden, dass Kläger, wie er zugibt, damals diese mangelhafte Beschaffenheit der ihm zur Benützung überlassenen Bestandtheile des Hauses kannte, dass er in Kenntniss dieses Umstandes und nach seinen Angaben auch in Kenntniss des Umstandes, dass der B die finanziellen Mittel zur Beseitigung der Mängel fehlen, mit der B den Vertrag vom 18. October 1886 abschloss, ohne die Beseitigung der schon damals bestehenden Baugebrechen sich zu bedingen, dass er vielmehr die in diesem Vertrage bezeichneten Hausbestandtheile in diesem mangelhaften Zustande übernahm und dieselben seit mehr als 3 Jahren benützt, so erscheint die Annahme gerechtfertigt, dass einerseits die B dem Kläger die Bestandtheile des Hauses nur in dem Zustande, in dem sie sich befanden, zur Benützung überlassen, und dass andererseits der Kläger diese Hausbestandtheile nur in diesem Zustande zur Benützung übernehmen wollte.

Bei dieser Sachlage kann der Kläger jetzt nach Verlauf von mehr als 3 Jahren nicht auf Grund des § 1096 ABG begehren, dass die Beklagte auf ihre Kosten Herstellungen zu dem Zwecke vornehme, um die ihm zur Benützung überlassenen Bestandtheile des Hauses in einen besseren Zustand zu versetzen, als den, in welchem er sie zur Benützung überlassen

erhielt, zur Benützung übernahm und seit October 1886 benützte, zumal auch die im § 1096 ABG dem Bestandgeber obliegende Verpflichtung, das Bestandstück auf eigene Kosten in brauchbarem Zustande zu übergeben und zu erhalten, in einer den allgemeinen Rechtsprincipien nicht offenbar widerstreitenden Weise beurtheilt und ausgelegt werden kann und demnach der Bestandgeber das Bestandstück auf eigene Kosten zwar in dem Zustande zu erhalten hat, in welchem es zum Gebrauche überlassen und übernommen wurde, nicht aber verpflichtet erscheint, Herstellungen vorzunehmen, um das Bestandstück in einen brauchbaren Zustand zu versetzen und dies umsoweniger, als die hier in Frage kommenden, nicht die Erhaltung, sondern die Verbesserung des Bestandstückes bezweckenden Herstellungen nach dem vom Kläger producirten Kostenvoranschlage einen Aufwand erfordern würden, welcher den Betrag des für die Benützung der Hausbestandtheile und der Steinbruchsrechte vereinbarten Entgeltes von mehr als 2 Jahren übersteigt.

Ueber die theils ordentliche, theils a. o. Revisionsbeschwerde des Klägers hat der OGH die E. II. J. mit Verweisuug auf dessen der Sachlage und dem Gesetze entsprechende Begründung und in der Erwägung bestätigt, dass nach Art. II des Pachtvertrages vom 18. October 1886 von dem Kläger für die theils ausschliessliche, theils gemeinschaftliche Benützung der fraglichen Localitäten überhaupt kein besonderer Bestandzins zu entrichten war, sondern diese Benützung rücksichtlich Mitbenützung von der B für den in dem früheren Vertrage vom 14. October 1886 im Art. V stipulirten Pachtschillinge für die dem Kläger verpachteten Steinbruchsrechte gestattet und eingeräumt worden ist.

3021.

Auch die Kosten einer vorzeitigen, blos vorsichtsweisen Eidesantretung sind zuzusprechen.

E. v. 24. Februar 1891, Z. 1770. — (Práv. XVII ex 92, Seite 593.)
I. st.-del. BG Tábor.
II. OLG Prag.

Nachdem im Stritte des Josef A. als Grossvaters und Vormundes der unehelichen Christine A gegen B pcto. 15 fl. s. N. G. in I. J. mittelst E. vom 27. März 1890 auf den Erfüllungseid der freiwilligen Vertretungsleisterin Rosalie A. über die Beiwohnung während des kritischen Zeitraumes, dann auf einen Erfüllungseid des Josef A. und dessen Haupteid betreff der thatsächlichen Grundlagen der angesprochenen Ersatztheilbeträge erkannt worden war, hat die I. J. mittelst B. vom 6. October 1890 dem Kläger an Kosten anlässlich der Antretung und des Vollzuges der seitens desselben und der Rosalie A. abgelegten Eide den gemässigten Betrag per 17 fl. zuerkannt, denselben jedoch mit dem Begehren um Er-

satz der Kosten des Eidesantretungsgesuches de praes. 19. Mai 1890 abgewiesen, weil dieses Gesuch im Hinblick auf die am 13. Mai 1890 eingebrachte Appellations-Anmeldung und Beschwerde als verfrüht sich darstellt.

Ueber Recurs des Klägers gegen den letzteren Absatz des B., worin betont wurde, dass dem Recurrenten die E. I. J. ddto. 27. März 1890 am 5. April 1890 zugestellt wurde, wogegen die Appellation des B demselben erst zufolge B. vom 22. Mai 1890 in den letzten Tagen des Mai, somit nach Ablauf der Eidesantretungsfrist behändigt worden ist, hat die II. J. dem Recurrenten auch die Kosten dieses Antretungsgesuches mit 3·10 fl. und die Recurskosten mit 2·75 fl. zugesprochen und zwar in der Erwägung, dass die Antretung des Eides für den ganzen Process überaus bedeutsam ist und eine Verabsäumung betreff der rechtzeitigen Einbringung den Verlust des ganzen Anspruches zur Folge haben kann, daher die Kosten des Eidesantretungsgesuches als behufs erfolgreicher Rechtsdurchsetzung nothwendig gemäss § 24 der Proc.-Nov. zuzusprechen sind.

Den Revisionsrecurs des Belangten verwarf der OGH aus den vom Oberrichter geltend gemachten Gründen und in der weiteren Erwägung, dass, wenngleich der Belangte die Appellation ergriffen hat, der Kläger dennoch vor Ablauf der Eidesantretungsfrist nicht wissen konnte, ob dieselbe zu Gericht angenommen wurde. Es war mithin jedenfalls behufs zweckdienlicher Rechtsdurchsetzung nothwendig, aus Vorsicht das Eidesantretungsgesuch zu überreichen, weshalb die Kosten desselben zuzusprechen sind.

3022.

Dem Wechselgläubiger kann auf Grund eines nicht rechtskräftigen Zahlungsauftrages während der Anhängigkeit der Verhandlung über die gegen den Zahlungsauftrag eingebrachten Einwendungen die Execution zur Sicherstellung nur durch provisorische Pfändung und Schätzung oder Sequestration, nicht aber durch Verbot ertheilt werden.

E. v. 29. April 1891, Z. 4770. — (GZ 19 ex 93, Seite 160.)
I. LG Krakau.
II. OLG Krakau.

In der Wechselsache des Eugen G. wider Adalbert G. wegen Zahlung von 167 fl. hat der OGH dem a. o. Revisionsrecurse des Adalbert G. gegen die den erstrichterlichen B., womit zur Sicherstellung der kraft Zahlungsauftrages zuerkannten Wechselforderung von 167 fl. s. N. G. das Verbot der seitens des Klägers dem Belangten gebührenden Beträge von 15 fl. und 7·88 fl. dem Kläger bewilligt wurde, bestätigende oberlandesgerichtliche E. stattzugeben und mit Abänderung der untergerichtlichen

E. den Kläger mit seinem Begehren abgewiesen; denn dem Wechselgläubiger, welcher den Zahlungsauftrag nach § 5 JMV vom 25. Jänner 1850, RGB Nr. 52, erwirkt hat, kann auf Grund des § 8 des Verfahrens in Wechselsachen während der Anhängigkeit der Verhandlung über die gegen den Zahlungsauftrag eingebrachten Einwendungen (so lange die Voraussetzungen des § 13 WV nicht eingetreten sind) die Execution zur Sicherstellung im Hinblicke auf die Bestimmung des Al. 2 des § 3 der JMV vom 18. Juli 1859, RGB Nr. 132, nur durch provisorische Pfändung und Schätzung oder Sequestration, nicht aber auch durch Verbot, dessen gesetzliche Voraussetzungen wesentlich andere sind, ertheilt werden; durch diese für das Verfahren in Wechselrechtssachen geltenden besonderen Vorschriften erscheint aber die Anwendbarkeit des Hofd. vom 17. März 1794, Circ. vom 1. April 1794, Nr. XXX, in dem vorliegenden Falle ausgeschlossen.

3023.

Bemessung des Pflichttheiles im Falle der Abfindung eines Notherben bei Lebzeiten des Erblassers.

E. v. 12. Mai 1891, Z. 5234. — (JB 46 ex 92, Seite 551.)
I. LG Prag.
II. OLG Prag.

K. G. hatte mit Vertrag vom 2. April 1877 die ihr gehörige Herrschaft Z. sammt Zugehör um den Preis von 273.170 fl. ihrem Sohne H. G. in's Eigenthum abgetreten. Laut Urkunde gleichen Datums hat H. G. erklärt, durch die an ihn erfolgte Herrschaftsabtretung mit seinen Erbansprüchen, die ihm oder seinen Erben an dem dereinstigen Nachlasse seiner Mutter K. G. zustehen würden, zur Gänze befriedigt und abgefertigt zu sein und sich jeder Berechtigung eines weiteren diesfälligen Anspruches zu begeben. H. G. hat im Zuge der Gebührenbemessungsverhandlung den Werth der Herrschaft Z. mit 430.000 fl. angenommen, welcher Betrag auch der Gebührenbemessung zu Grunde gelegt wurde. K. G. verstarb im Jahre 1889 mit Hinterlassung eines Testamentes vom 10. Mai 1877. Laut desselben wurden, nachdem der erblasserische Sohn H. G. durch die an ihn erfolgte Abtretung der Herrschaft Z. mit seinen Erbansprüchen zur Gänze und vollständig abgefertigt worden sei, in den gesammten Nachlass die drei erblasserischen Töchter zu gleichen Theilen unter der Bedingung als Universalerben berufen, dass dem erblasserischen Enkel E. L., Sohn der vorverstorbenen Tochter A. G., verehelichten L., der ihm gebührende gesetzliche Pflichttheil aus dem Nachlasse zugewiesen werde. Die zu Universalerben berufenen drei erblasserischen Töchter überreichten die Erbserklärung, dagegen geschah dies seitens des erblasserischen Sohnes H. G. nicht, und wurde sohin die Verlassenschaft mit den Erbinnen und

dem väterlichen Curator des auf den Pflichttheil gesetzten E. L. abgehandelt. Der von den grossjährigen Erben vorgelegte Pflichttheilsausweis wies dem auf den Pflichttheil gesetzten E. L. den achten Theil des reinen Nachlasses im Betrage von 36.049·80 fl. zu. Bei der zur Einvernahme hierüber abgehaltenen Tagfahrt äusserte sich der Vertreter des Pflichttheilserben E. L. dahin, dass, nachdem der Pflichttheil die Hälfte dessen betrage, was dem Northerben bei der gesetzlichen Erbfolge zukommen würde, im vorliegenden Falle davon auszugehen sei, dass bei der gesetzlichen Erbfolge auch der abgefertigte Erbe H. G. mitconcurriren würde, dagegen aber auch gehalten wäre, die ihm bereits bei Lebzeiten zu theil gewordene Zuwendung im Betrage von mindestens 156.830 fl. zu conferiren. Hiernach würde der reine Nachlass 445.228·44 fl. und der mit einem Zehntel zu bemessende Pflichttheil 44.522·84 fl. betragen. Hierbei wurde insbesondere auf den Plenarbeschluss des OGH vom 5. Februar 1884, Nr. 261 (Judicat Nr. 114), hingewiesen.

In Erledigung des Tagsatzungsprotocolles hat die I. J. das vom väterlichen Curator des E. L. gestellte Begehren, den vorgelegten Vermögens- und Pflichttheilsausweis den testamentarischen Erbinnen behufs Richtigstellung unter Zugrundelegung des zu conferirenden, den Betrag von 273.170 fl. übersteigenden Werthes, den die Herrschaft Z. am 2. April 1877 hatte, rückzustellen und dieselben anzuweisen, diesen Werth entsprechend zu belegen, abgewiesen aus folgenden

Gründen:

Die von der Erblasserin K. G. bei ihren Lebzeiten am 1. April 1877 erfolgte Abtretung des Gutes Z. an ihren Sohn H. G. um den Betrag von 273.170 fl. kann höchstens als eine Schenkung im Sinne des § 931 ABG und keineswegs als die Leistung eines Vorausempfanges im Sinne des § 788 ABG (Leistung zur Ausstattung, zum unmittelbaren Antritte eines Amtes, eines Gewerbes oder zur Bezahlung der Schulden) angesehen werden, mithin unterliegt das dem H. G. von der Erblasserin durch die Abtretung des Gutes Z. Zugewendete nicht der Anrechnung nach den §§ 790 und 793 ABG, sondern könnte höchstens mit Rücksicht auf die Bestimmungen des 791 ABG im ordentlichen Rechtswege nach § 951 ib. angefochten werden, wobei jedoch der Beweis darüber, wie gross das Vermögen der Erblasserin zur Zeit der Schenkung war, einzig und allein der Revocant zu erbringen hätte. In dem vorgelegten Pflichttheilsausweise wird der Pflichttheil des minderjährigen E. L. mit einem Achtel des reinen Nachlassvermögens der Erblasserin berechnet, und zwar mit der Begründung, dass, nachdem der grossjährige erblasserische Sohn H. G. laut Absatz 4 des erblasserischen Testamentes durch die an ihn erfolgte Abtretung der Herrschaft Z. mit seinen Erbansprüchen nach K. G. zur Gänze befriedigt und abgefertigt wurde, womit er sich auch einverstanden er-

klärt habe, indem er keinerlei Erbserklärung überreicht hat, er bei der Pflichttheilsberechnung ganz ausser Betracht bleibe und blos die drei lebenden erblasserischen Töchter und der erblasserische Enkel, der minderjährige E. L., als Repräsentant seiner verstorbenen Mutter, der erblasserischen Tochter A. L., geborenen G., zu berücksichtigen sei, sohin bei der Vertheilung des Nachlasses ab intestato dem erblasserischen Enkel ein Viertel des Nachlasses zufallen würde, und somit der Pflichttheil die Hälfte hiervon, das ist ein Achtel des reinen Nachlassvermögens ausmache. Diese Berechnung erscheint jedoch im Gesetze nicht begründet, denn da die von H. G. erfolgte Erwerbung des Gutes Z. nicht als ein Vorausempfang im Sinne des § 788 ABG angesehen werden kann, trifft vorliegend auch nicht die Bestimmung des § 793 ib. zu, nach welcher H. G. keinen Erbtheil mehr beanspruchen könnte und sohin bei Berechnung des Pflichttheiles nicht als Miterbe mitzurechnen wäre. Nachdem nach der Erblasserin fünf Notherben, nämlich der Sohn H. G., dann die Töchter M. v. N., K. H., R. G. und der Enkel E. L. jun. hinterblieben, beträgt die Intestatserbportion jedes dieser Notherben ein Fünftel des erblasserischen Nachlassvermögens und sohin der Pflichttheil des minderjährigen E. L. die Hälfte einer solchen Intestatsportion, das ist ein Zehntel des Nachlasses. Nachdem der vorgelegte Pflichttheilsausweis diesem Berechnungsmodus nicht entspricht, wird derselbe dem Vertreter der testamentarischen Erbinnen zur demgemässen Richtigstellung gegen Vorlage des richtiggestellten Pflichttheilsausweises zurückgestellt.

Ueber den vom väterlichen Curator des minderjährigen E. L. überreichten Recurs hat das OLG die E. der I. J. im ersten Punkte, betreffend die Abweisung des Begehrens um Richtigstellung des Pflichttheilsausweises durch Einbeziehung des zu conferirenden, den Abtretungsbetrag von 273.170 fl. übersteigenden Betrages für die Herrschaft Z. bestätigt, dagegen dem Recurse gegen die Berechnung des Pflichttheiles mit ein Zehntel des Nachlasses dahin stattgegeben, dass der B. der I. J. in diesem Punkte behoben, und derselben verordnet wurde, dieselbe habe unter Abstandnahme von dem gebrauchten Abweisungsgrunde in die Erledigung des Vermögens- und Pflichttheilsausweises unter Zugrundelegung der von den Erben beantragten Berechnung des Pflichttheiles mit einem Achtel des reinen Nachlasses einzugehen.

Gründe:

In erster Richtung hat das LG mit vollem Rechte den Anspruch des väterlichen Curators des E. L. abgewiesen, weil aus den Bestimmungen der §§ 787 bis 789 ABG, welche von der Anrechnung in den Pflichttheil handeln, zweifellos sich ergibt, dass diese Anrechnung nur den Notherben gegenüber einzutreten habe, welche auf den Pflichttheil selbst einen Anspruch erheben, was vorliegend aber nicht der Fall ist, indem H. G. einen

Anspruch an die Verlassenschaft überhaupt nicht erhoben hat. Es ergibt sich die Berechtigung der Abweisung des Begehrens des Beschwerdeführers auch aus der weiteren Erwägung, dass nach § 784 ABG die Grundlage der Pflichttheilsberechnung das Vermögen des Erblassers zu bilden hat, die Herrschaft Z. aber in den Nachlass nicht gehört, daher auch nicht weiter in Betracht zu ziehen ist. Da die Berechnung des Pflichttheiles amtswegig zu geschehen hat, das Interesse des Minderjährigen von Amtswegen zu bewahren ist, hat das LG mit Recht sofort über den Anspruch des väterlichen Curators des minderjährigen E. L. abgesprochen, ohne dass eine Verweisung auf den Rechtsweg bezüglich dieser Frage erforderlich gewesen wäre. Was dagegen die weitere Verfügung des LG betrifft, so erscheint diese nicht gerechtfertigt, nachdem die grossjährigen Erben selbst die Berechnung des Pflichttheiles des minderjährigen E. L. unter Zugrundelegung von vier Erben somit mit einem Achtel beantragt haben, nachdem jeder Anlass fehlt, den Minderjährigen schlechter zu stellen, als dies nach dem Antrage der übrigen Erben der Fall wäre, nachdem endlich H. G. thatsächlich sich als Erbe nicht erklärt hat, die Berechnung unter Annahme von vier gesetzlichen Erben daher vollkommen berechtigt erscheint. Da jedoch das LG bisher den Vermögensausweis weiter nicht geprüft, namentlich die nach dem Protocolle vom 6. November 1890, Z. 51576, erforderliche Berichtigung nicht durchgeführt, vielmehr nur eine Vorerledigung erlassen hat, musste in diesem Punkte der angefochtene B. behoben und dem LG die Erledigung der vorgelegten Ausweise unter Abstandnahme von dem gebrauchten Rückweisungsgrunde verordnet werden. In Folge dieser E. hat die I. J. den Pflichttheil mit einem Achtel des reinen Nachlasses berechnet und sohin mit 36.049·80 fl. beziffert.

Dem a. o. Revisionsrecurse des väterlichen Curators des genannten Minderjährigen hat der OGH, nachdem weder eine offenbare Gesetz- oder Actenwidrigkeit vorliege, noch eine Nullität wahrgenommen wurde, nach § 16 Abh.-Pat. keine Folge zu geben befunden, zumal das in der Aeusserung über den Pflichttheilsausweis von dem Recurrenten gestellte Begehren aus den in dem B. der I. J. dargelegten Gründen mit Recht zurückgewiesen wurde; was aber das in dem Recurse gestellte Begehren betrifft, dass mit Rücksicht auf die aufgetauchten strittigen Rechtsfragen das Gericht nicht hätte voreilig entscheiden, sondern nach § 2 Al. 7 Abh.-Pat. die Betheiligten auf den Rechtsweg weisen und dafür sorgen sollen, dass bis zum Ausgange des Rechtsstreites Sicherheit geleistet werde, so liege weder zu einem solchen Ausspruche, noch zu der angesuchten Vorkehrung ein gesetzlicher Grund vor, zumal ein Nachlassgegenstand auch nicht sicherzustellen ist, es vielmehr dem Recurrenten freisteht, gegen H. G. in ihm geeignet erscheinendem Wege vorzugehen.

3024.

Das Verbot kann nur bei strictem Nachweise einer Gefahr bewilligt werden.

Cassations-E. v. 21. Mai 1891, Z. 6157. — (Práv. I ex 93, Seite 28.)

I. HG Prag.
II. OLG Prag.

In dem Einschreiten des A wider seinen Schuldner B um Bewilligung des Verbotes auf die für den letzteren ausstehende Forderung bei C per 9000 fl. wurde angeführt, dass B dem A für Holz und Baarvorschüsse die Gesammtsumme per 7229 fl. schuldig ist, allein kein anderes Vermögen besitzt als die obenerwähnte Forderung, dass B überdies anderen Gläubigern erhebliche Summen schuldig sei, so dass für den Einschreiter offenbare Gefahr bestehe, um seine Forderung zu kommen, falls C dem B die soeben fällige Schuld per 9000 fl. ausbezahlt; endlich wurde eine Baarcaution für Schimpf und Schaden angeboten.

Die I. J. willfahrte dem Einschreiten jedoch nur gegen Erlag einer Baarcaution per 200 fl. für Schimpf und Schaden binnen 3 Tagen zu Gerichtshanden bei sonstiger Behebung des Verbotes über Ansuchen des Gegentheils.

Ueber Recurs des B bestätigte die II. J. die angefochtene E., weil A in seinem Einschreiten in zureichender Weise dargelegt hat, dass er bei dem Recurrenten als seinem Schuldner bezüglich der erheblichen Forderung per 7229 fl. deshalb in Gefahr steht, weil es dem B an anderweitigen hinreichenden Zahlungsmitteln gebricht, während andererseits darauf, dass Recurrent in seinem Recurse die bezüglichen Angaben des Gläubigers in Abrede stellt, kein Bedacht zu nehmen ist, und auf die Behauptungen des Recurrenten, dass er bisher von anderen Gläubigern nicht mit Executionen verfolgt wird und Credit geniesst, die Angaben des Gläubigers nicht zu erschüttern geeignet sind. Das Gesetz (§ 283 AGO) verlangt nicht, dass der Verbotswerber die ihm drohende Gefahr durch schriftliche Beweismittel darthun müsse; vielmehr sind die in den §§ 284 und 285 ib. erwähnten Urkunden nur insofern erforderlich als mittelst derselben die Forderung erwiesen werden soll, bezüglich deren das Verbot erwirkt werden will, und zwar sogleich und ohne Leistung genügender Sicherheit seitens des Verbotswerbers. In vorliegendem Falle wurde jedoch das Verbot nur gegen Baarerlag einer Caution per 200 fl. bewilligt, weshalb es irrelevant erscheint, ob und welche Beweiskraft dem von A vorgelegten Auszuge aus seinen Handelsbüchern betreff der Rechtmässigkeit der Forderung, für welche das Verbot bewilligt wurde, beizumessen sei. Auch ist der Umstand, ob die Bewilligung des Verbotes etwa dem Recurrenten schaden wird, bei der Bewilligung des Verbotes nur insoweit in Betracht zu ziehen, um festzustellen, in welcher Höhe die bezügliche Caution zu bestimmen

sei; die seitens des Gerichts mit 200 fl. bemessene Sicherheit stellt sich jedoch als genügend dar, wenn es dazu kommen sollte, dass der Recurrent für den aus der Verbotslegung ihm etwa erwachsenden Schaden einen Ersatz anzusprechen berechtigt wäre.

Ueber a. o. Revisionsrecurs des B hat der OGH unter Behebung der gleichlautenden E. der Unterinstanzen das Einschreiten des A zurückgewiesen, und zwar in der Erwägung, dass der Verbotswerber nach § 283 AGO und dem Hofd. vom 15. Jänner 1789, JGS Nr. 954, nicht blos anzugeben, sondern auszuweisen, das heisst zu bescheinigen hat, dass er in Folge Abganges anderer hinlänglicher Zahlungsmittel bei seinem Schuldner in Gefahr steht, A jedoch bezüglich seiner Behauptung, dass B ausser der bezeichneten Forderung bei C kein anderes Vermögen und keine Zahlungsmittel besitzt und überdies auch Anderen erhebliche Beträge schuldet, nicht die geringste Bescheinigung beigebracht hat; endlich aber die angebotene Caution nach § 285 cit. zwar den Nachweis der Forderung, keineswegs aber jenen der Gefahr des Verlustes zu ersetzen vermag, mithin die Bewilligung des Verbotes angesichts des Mangels dieses Nachweises dem Gesetze widerstreitet.

3025.

Die Bestellung einer Sicherheit für obligatorische Ansprüche durch Uebertragung des Eigenthums an einer beweglichen Sache ist unstatthaft (§§ 1343 und 1368 ABG).

E. v. 17. Juni 1891, Z. 6762. — (Práv. VI ex 93, Seite 208.)
I. BG Königl. Weinberge.
II. OLG Prag.

Der Klage des A wider B pto. Exscindirung eines Billards sammt Zubehör aus der wider die Eheleute Josef und Julia C durchgeführten Pfändung willfahrte die I. J. aus nachfolgenden, den Sachverhalt enthaltenden

Gründen:

B gesteht, in seiner Executionssache wider die Eheleute C pto. 81 fl. s. N. G. die exec. Versteigerung unter anderen auch des im Pfändungsprotokolle de dato 15. December 1888 unter Postzahl 37 specificirten, auf 180 fl. geschätzten Billards sammt Zubehör erwirkt zu haben, und es liegt mithin dem Exscindirungskläger der Nachweis ob, dass er das Eigenthum der Pfandsache vor dem Datum der Pfändungsvornahme erwarb. Diesfalls führt nun A an, Josef C sei dazumal sein Angestellter, nämlich sein Bierverschleisser gewesen, welcher das Bier um einen limitirten Verkaufspreis auszuschänken hatte und den über diesen Preis erzielten Ueberschuss des Erlöses sich behalten durfte, wogegen A, gleichwie jeder Bräuer gegenüber seinem Schänker, den Miethzins, die Abgaben und den Eis-

vorrath zu zahlen hatte. Beim Eintreten des Josef C in dieses Dienstververhältniss begehrte A von ihm den Erlag einer Caution, und da haben nun die Eheleute C mangels baaren Geldes demselben das streitige Billard sammt Zubehör mittelst schriftlicher Erklärung de dato 5. December 1888 als Sicherheit für eventuelle Ersatzansprüche aus jenem Dienstverhältnisse derart bestellt, dass sie erklärten, dieses Billard, welches sie bis dahin als Eigenthum besassen, von nun an blos im Namen des A und in Ausübung seines Gasthausgewerbes innehaben zu wollen; durch dieses constitutum possessorium überging das Eigenthum desselben kraft § 428 ABG auf den A. Als Titel zur Erwerbung des Eigenthums von Seite des A ist die Vereinbarung mit den Eheleuten C wegen Bestellung dieses Billards als Sicherheit für eventuelle Ersatzansprüche aus dem besagten Dienstverhältnisse anzusehen, welcher im Sinne des § 424 cit. als genügend zu erachten ist und auch der Form nach der Bestimmung des § 1371 cit. nicht widerstreitet, weil die Unstatthaftigkeit der dort angedeuteten Vereinbarungen nur auf Pfandverträge und nicht auf die Bestellung einer Sicherheit im Allgemeinen Bezug nimmt. Uebrigens ist darauf hinzuweisen, dass, wenngleich die Bestellung einer Sicherheit nach dem Gesetze kein giltiger Titel zur Uebertragung des Eigenthums an einer beweglichen Sache wäre, dennoch das Eigenthum des Billards auf den A übergangen ist, weil die objective Giltigkeit des Titels kein Erforderniss zur Uebertragung des Eigenthums bildet, wie dies aus dem § 1431 und ffg. cit. klar hervorgeht, sondern nur die subjective Giltigkeit eines solchen Titels als Basis des Parteiwillens dient. Da nun A erweislich dieses Billard laut der obigen von B zwar widersprochenen, allein durch Zeugen durchgehends bestätigten Thatumstände als Eigenthum bereits am 5. December 1888 erworben hat, so war die am 15. December d. J. hierauf erwirkte Pfändung und die weiteren Executionsschritte zu beheben, daher der Klage in vollem Umfange stattzugeben.

Ueber Appellation des B hat jedoch die II. J. das Klagebegehren unbedingt abgewiesen.

Gründe:

Nach § 914 ABG sind Verträge derart auszulegen, dass sie keinen Widerspruch enthalten und von Wirkung sind, und laut § 916 ib. ist ein Rechtsgeschäft nach denjenigen gesetzlichen Vorschriften zu beurtheilen, nach denen es vermöge seiner wahren Beschaffenheit beurtheilt werden muss. Nach den Klageangaben hatte das streitige Billard als Sicherheit für die eventuellen Ersatzansprüche des A wider die Eheleute C aus dem bewussten Dienstverhältnisse, mithin zur Sicherung seiner etwaigen obligatorischen Ansprüche wider sie zu dienen und hatte A dasselbe wieder ihnen zurückzustellen, falls ihm kein derartiger Anspruch wider sie zustände oder sie denselben eventuell tilgen würden. A war mithin nicht be-

fugt, mit dem Billard als Eigenthümer beliebig zu verfügen und stand ihm diesfalls keine uneingeschränkte Macht hierüber zu, wie sie nach den §§ 354 und 362 cit. aus dem Eigenthumsrechte entspringt, er hat daher kein Eigenthum darauf erworben, wenngleich die Eheleute C erklärt haben, ihm dasselbe in's Eigenthum zu übertragen, weil die Paciscenten diesen Ausdruck nur aus Unkenntniss der rechtlichen Sachlage wählten oder ein Scheingeschäft abschlossen. Nach der rechtlichen Sachlage war das Billard zur Leistung, bezw. Ergänzung der Caution für eventuelle obligatorische Ansprüche des A bestimmt; eine derartige Sicherstellung kann aber nach dem stricten Wortlaute des § 1343 cit. lediglich mittelst Bürgschaft oder Pfand erfolgen, woraus folgt, dass das obdargestellte zwischen A und den Eheleuten C abgeschlossene Rechtsgeschäft seiner wahren rechtlichen Beschaffenheit nach sich als blosser Pfandvertrag im Sinne des § 1368 cit. darstellt, mithin A nach seiner eigenen Darstellung das Eigenthum an der streitigen Sache nicht erworben hat, weshalb die Exscindirungsklage abzuweisen war.

Ueber die Revision des A bestätigte der OGH die E. II. J. aus deren richtigen, dem Sachverhalte und dem Gesetze entsprechenden, durch die Revisionsbeschwerde nicht erschütterten Gründen.

3026.

Bei der Vertheilung des Meistbotes einer über Begehren der politischen Behörde aus Polizeirücksichten executiv veräusserten Liegenschaft kann weder den von der Ortsbehörde behufs Beseitigung des als öde anerkannten Gebäudes verausgabten Kosten, noch den Kosten der executiven Schätzung und Feilbietung der verkauften Realität ein Vorzugsrecht vor allen Hypothekarforderungen zugesprochen werden.

E. v. 24. Juni 1891, Z. 7540. — (GZ 10 ex 93, Seite 77.)

I LG Krakau.
II. OLG Krakau.

Die I. J. hat bei Vertheilung des Erlöses für eine als baufällig erkannte und sodann über Begehren des Stadtmagistrates executiv veräusserte Realität in Krakau ausgesprochen, dass dem Magistrate der Stadt Krakau der Ersatz der für die Räumung der öden Realität verausgabten Kosten vor allen Gläubigern gebühre, und diese Kosten, sowie die zugesprochenen Schätzungs- und Feilbietungskosten zu Gunsten des Krakauer Magistrats vor allen Gläubigern collocirt.

Diese E. wurde vom OLG über den Appellationsrecurs der Finanzprocuratur namens des hohen Aerars in der Erwägung bestätigt, dass die Bestimmung des § 9 der Exec.-Nov. nach dem Wortlaute des Titels dieses Gesetzes sich nur auf die Execution zur Hereinbringung von Geld-

forderungen bezieht, dagegen im vorliegenden Falle, wo es sich um die Vertheilung einer auf Ansuchen der politischen Behörde im öffentlichen Interesse feilgebotenen Realität handelt, der § 29 lit. c. C. O. vom 25. December 1868, RGB Nr. 81 ex 1869, sowohl bezüglich der von der Ortsbehörde aufgewendeten Kosten der Beseitigung des baufälligen Gebäudes, als auch bezüglich der Kosten der executiven Schätzung und Feilbietung der veräusserten Realität analoge Anwendung findet.

Der OGH hat dem a. o. Revisionsrecurse der Finanzprocuratur gegen die beiden unterrichterlichen E. stattgegeben und erkannt, dass der angefochtene Ausspruch, wonach dem Magistrate der Stadt Krakau der Ersatz der für die Beseitigung der als öde anerkannten Realität verausgabten Kosten vor allen Gläubigern gebühre, behoben werde, dass die vom Magistrate der Stadt Krakau für die Beseitigung der bezeichneten Realität verausgabten Kosten auf dem aus der Veräusserung dieser Realität erzielten Kaufschillinge in der Tabularpriorität desselben, dagegen die vom Magistrate der Stadt Krakau ausgewiesenen Executionskosten erst nach allen Hypothekarforderungen auf dem erzielten Kaufschillinge zu collociren sind. Im Wesentlichen lauten die oberstrichterlichen

Gründe:

Der Magistrat der Stadt Krakau hat durch den Ausspruch, dass die in Rede stehende Realität als öde erkannt werde, und durch das nachherige Einschreiten beim Krakauer LG um Vornahme der Veräusserung dieser Realität im Sinne der MV vom 2. September 1856, RGB Nr. 164, als politische Behörde in Polizeiangelegenheiten gehandelt. Wenn nun der Magistrat zum Zwecke der Beseitigung dieser als öde anerkannten Realität Kosten gehabt und bei der Liquidirungsverhandlung den Ersatz der verausgabten Kosten aus dem erzielten Kaufschillinge, und zwar mit dem Vorrechte vor allen Hypothekargläubigern, angesprochen hat, so war dieses Begehren des Magistrates nur insofern gerechtfertigt, als für diese Kosten bereits das Pfandrecht auf der veräusserten Realität erwirkt worden ist; allein es lag kein gesetzlicher Grund vor, in dem Kaufschillingsvertheilungsbescheide den Grundsatz aufzustellen, dass dem Magistrate für die zum Zwecke der Beseitigung dieser als baufällig anerkannten Realität entstandenen Kosten bei der Meistbotsvertheilung das Vorrecht vor anderen Gläubigern zustehe, da es nirgends im Gesetze vorgesehen ist, dass solchen in Ausübung der Polizeigewalt entstandenen Kosten der Ortsbehörde ein gesetzliches Pfandrecht vor allen Hypothekargläubigern zustehen würde. Diese dem Gesetze nicht entsprechende allgemeine Bestimmung in der Zahlungstabelle muss demnach behoben werden, und da für die vom Magistrate liquidirten Kosten bereits das Pfandrecht im Lastenstande der veräusserten Realität zu Gunsten der Stadtgemeinde Krakau vereint mit anderen Forderungen

intabulirt ist, so kann diesen Kosten bei der Meistbotsvertheilung das Vorrecht nur in der bereits erworbenen Tabularpriorität zustehen. Belangend die vom Magistrate der Stadt Krakau liquidirten Schätzungs- und Liquidationskosten, so kann auch diesen Kosten bei der Meistbotsvertheilung das Vorrecht vor allen Hypothekargläubigern nicht zugesprochen werden, da gemäss § 3 der MV vom 2. September 1856, RGB Nr. 164, die Veräusserung der als öde anerkannten Realität durch die Gerichte nach den Vorschriften der Gerichtsordnung zu geschehen hat, mit rechtskräftigem B. des Krakauer LG die executive Veräusserung dieser Realität auf Grund des Ausspruches des Krakauer Magistrates, sowie zur Hereinbringung der Kosten bewilligt wurde, und gemäss § 9 der Exec.-Nov. die Schätzungs- und Feilbietungskosten bei Vertheilung des Meistbotes einer executiv veräusserten Liegenschaft ein Vorzugsrecht vor allen Hypothekargläubigern nicht geniessen, sondern nur in der Priorität der Forderung, wegen welcher die Feilbietung erfolgte, zu befriedigen sind. Da aber im vorliegenden Falle die Feilbietung nicht zum Zwecke der Hereinbringung einer intabulirten Forderung erfolgte, so kommt diesen Kosten nicht einmal eine Tabularpriorität zu, vielmehr sind sie erst nach allen Hypothekargläubigern auf dem Kaufschilling zu collociren.

3027.

Auch während der einverständlichen Belassung der Vorklage in suspenso ist das Forum derselben zur Verhandlung der Widerklage competent.

E. v. 24. Juni 1891, Z. 6942. — (Práv. XVI ex 92, Seite 557.)
I. st.-del. BG Teschen.
II. OLG Brünn.

Der seitens der Belangten erhobenen Einwendung der Incompetenz zur Annahme und Verhandlung der Widerklage des A gegen B und C, Schwarzviehhändler aus Ungarn, pcto. eines Schadenersatzes per 76 fl., willfahrte die I. J. aus nachfolgenden, den Sachverhalt einschliessenden

Gründen:

Zwischen den Parteien ist nicht streitig, dass die Belangten hiergerichts sub. praes. 26. November 1888 die Vorklage wider den A pcto. 36 fl. s. N. G. überreicht haben, und dass bei der hierüber auf den 7. December d. J. anberaumten Tagsatzung die Verhandlung bis auf neuerliches Anlangen um Reassumirung in suspenso belassen wurde und bisher ein Ansuchen um diese Reassumirung nicht stattfand, dass ferner A seine Widerklage erst am 5. März 1889 überreichte, und die Belangten gleich bei der ersten hierüber angeordneten und vor sich gegangenen Tagfahrt am 12. April 1889, mithin rechtzeitig die Incompetenzeinwen-

dung erhoben haben. Es ist vor Allem zu constatiren, ob diese Einwendung begründet ist, und das Forum der Widerklage platzgreift, weil die Belangten in Ungarn ihren ordentlichen Wohnsitz haben und der Erstrichter nicht Personalinstanz ist. Das Forum der Widerklage erfordert nun nebst der Thatsache der Einklagung eines Belangten durch seinen Gegner die Fortdauer des Vorprocesses, welche Bedingung hier nicht vorliegt. Die Klage ist anhängig, wenn über dieselbe thatsächlich verhandelt, nicht aber wenn die Verhandlung über dieselbe einverständlich in suspenso belassen wird. Denn falls ein bis zur Reassumirung in suspenso belassener Process als bestehend anerkannt und angesehen würde, dann könnte die Widerklage, bezüglich deren eine Connexität der Ansprüche mit jenen aus der ersten Klage und die Gleichheit des Verfahrens nicht gefordert wird, auch nach Ablauf vieler Jahre noch immer statthaft erscheinen; demzufolge würde der mit der Widerklage Belangte durch diese ganze Zeit seinem ordentlichen Richter entzogen, was jedoch den allgemeinen Bestimmungen über die Zuständigkeit der Gerichte und die Ausnahmsqualität der Widerklage widerstreitet. Diese Ansicht ist schliesslich auch deshalb begründet, weil, sobald die Widerklage während der Anhängigkeit des Strittes über die erste Klage eingereicht wurde, die Zuständigkeit für dieselbe nicht aufhört, wenngleich die erste Klage in suspenso belassen wurde. Es war also der Incompetenzeinwendung stattzugeben, weil die Voraussetzung der Zuständigkeit zur Widerklage — der Bestand eines Strittes über die erste Klage — hier nicht vorliegt.

Ueber Appellation des A hat jedoch die II. J. die appellirte E. abgeändert und die Incompetenzeinwendung verworfen, aus nachstehenden

Gründen:

Laut § 33 JN können Widerklagen insolange, als über die Klage nicht durch rechtskräftiges Endurtheil entschieden ist, (mit Ausnahme des sub alinea 2, dieses § festgesetzten Falles, der hier nicht platzgreift) bei dem nämlichen Gerichte angebracht werden, bei welchem die Klage angebracht worden ist. Diese gesetzliche Bestimmung gilt offenbar betreffs jeder Klage, bezüglich deren die Möglichkeit, dass über sie eine E. erfolgt, noch nicht entfallen ist. Dies ist jedoch betreff der beim Erstrichter seitens der gegenwärtigen Belangten wider den heutigen Kläger überreichten Bagatellklage allerdings der Fall, indem laut des letzten über dieselbe aufgenommenen Tagfahrtsprotocolls ddto. 7. December 1888 die Verhandlung bis zur Reassumirung einverständlich erstreckt wurde. Bei dieser Sachlage konnten die damaligen Kläger der Anrufung des Erstrichters als des forum recognitionis nur dadurch vorbeugen, wenn sie inzwischen von der erwähnten Bagatellklage ausdrücklich zurückgetreten wären; da dies jedoch nicht geschah, so ist die formelle Möglichkeit der Erneuerung des Verfahrens über die besagte Bagatellklage seitens der

einen oder anderen Streitpartei nicht ausgeschlossen. Die Berufung der Belangten auf den über das Object der Bagatellklage inzwischen zwischen den Streitparteien abgeschlossenen aussergerichtlichen Ausgleich ist mithin für die E. über die Competenzfrage gänzlich irrelevant; dies umsomehr, als die Behauptungen der Belangten über den materiellen Inhalt und Umfang dieses vermeintlichen Ausgleiches vom Kläger in Abrede gestellt wurden. Allein auch abgesehen davon könnte der angebliche Ausgleich eben deshalb, weil er nicht vor Gericht geschlossen wurde, die oberwähnte Rücktrittserklärung von der Klage, welche gerichtlich erfolgen müsste, nicht vertreten, nachdem dieser Ausgleich auch in formaler Beziehung der Reassumirung der Verhandlung über jene Bagatellklage und der E. hierüber nicht entgegensteht, sondern höchstens als Substrat dieser eventuellen E. dienen könnte.

Ueber Revision des Belangten bestätigte der OGH die E. II. J., weil die am 26. November 1888 beim Erstrichter eingebrachte Bagatellklage am 5. März 1889, als dem Einrechnungstage der Widerklage, weder durch U. noch durch gerichtlichen Vergleich erledigt war, die Kläger auch von derselben nicht zurückgetreten sind, jene Klage somit bisher noch als eine bei Gericht anhängige anzusehen ist, indem auch die einverständliche Erstreckung der Verhandlung bis zu der beiden Theilen vorbehaltenen Reassumirung weder einem Klagsrücktritte, noch einem Aufgeben des Processes gleichgestellt werden kann. Demgemäss war der Kläger im Hinblick auf die Bestimmung des § 33 JN berechtigt, die besagte Widerklage beim Erstrichter als zuständigem Forum am 5. März 1889 zu überreichen, woran auch der Umstand, dass über die erste Klage nach dem Bagatell-, über die Widerklage hingegen nach dem Summarverfahren zu verhandeln ist, nichts zu ändern vermag.

3028.

Das Einstellen des Bezuges eines Freiexemplars einer Zeitung kann als Besitzstörung nicht angesehen werden.

E. v. 19. August 1891, Z. 9208. — (GH 31 ex 93, Seite 272.)

Dem A, als zeitweiligen Correspondenten eines täglich erscheinenden Blattes, wurde dasselbe seitens der Redaction durch längere Zeit unentgeltlich zugeschickt. Als mit dem 1. Jänner 1891 die Zusendung dieser Zeitung an A aufhörte, belangte derselbe die Redaction und den Herausgeber wegen Störung im Besitze des Rechtes des unentgeltlichen Bezuges der fraglichen Zeitung und begehrte die weitere Zusendung derselben bei Androhung einer Geldstrafe von 100 fl.

Die I. J. hat nach der durchgeführten Provisorialverhandlung das Klagebegehren abgewiesen, weil der Kläger nicht behauptet hat, dass

die Redaction verpflichtet gewesen ist, ihm ein Freiexemplar zuzusenden. Wenn nun A das, was ihm blos aus Gefälligkeit, ohne sich einer fortdauernden Verbindlichkeit zu unterziehen, gestattet wurde, als ein Recht anspricht, so kann der Besitz eines solchen Rechtes, wenn überhaupt hier von einem Besitze die Rede sein kann, gemäss § 345 ABG nicht in Schutz genommen werden.

Die II. J. bestätigte das erstgerichtliche Enderkenntniss, weil die Beurtheilung des klägerischen Anspruches auf den Bezug eines Freiexemplars der Zeitschrift X nicht zum Wirkungskreise des Provisorialrichters, sondern auf den ordentlichen Rechtsweg gehört.

Der a. o. Revisionsrecurs des A wurde vom OGH wegen Abganges der Voraussetzungen des Hofd. vom 15. Februar 1833, JGS Nr. 2593, zurückgewiesen.

3029.

I. Die aus der Sequesterführung entspringenden Auslagen geniessen kein gesetzliches Pfandrecht.

2. Die einer Forderung eingeräumte Priorität vor einem Ausgedinge wird erst vom Feilbietungstage an rechtswirksam.

E. v. 25. August 1891, Z. 10102. — (NZ 50 ex 92, Seite 320.)

Mittelst B. der I. J. wurde von dem Meistbote per 4311 fl., um welchen die Eheleute Jaromir und Barbara Sch. die den Executen Wenzel und Anna Sch. gehörige Grundwirthschaft A erstanden haben, dem Jaromir Sch. als executiven Sequester der der Executin Anna Sch. gehörigen Wirthschaftshälfte an aus dieser Sequesterführung entspringenden, gerichtlich genehmigten Auslagen ein anerkanntes Guthaben per 475·32 fl. als Vorzugspost zur Zahlung zugewiesen und der Protest der übrigen Hypothekargläubiger gegen die Zahlungsanweisung dieses Betrages verworfen, weil Jaromir Sch. als executiver Sequester die in der gerichtlich genehmigten Sequestrationsrechnung liquidirten Auslagen im Interesse aller Hypothekargläubiger bestritten hat, demnach dieser Aufwand vor Allem aus dem Meistbote zu vergüten ist.

Ob derselben Grundwirthschaft war ferner unter Postzahl 27 ein Ausgedinge für die Eheleute Johann und Barbara Sch. verbüchert, dessen Jahresertrag auf 150 fl. geschätzt, wie auch ein Deckungscapital per 3000 fl. hiefür ermittelt wurde, für welches übrigens behufs Hereinbringung der den Eheleuten Jacob und Josefa T. gehörigen Forderung per 400 fl. gleichfalls die executive Sequestration erwirkt wurde, somit den Hypotheksbesitzern oblag, dieses Ausgedinge dem executiven Sequester Jacob T. überhaupt, insbesondere auch den auf die Zeit vom 1. November 1889 bis 1. November 1890 entfallenden und schon vor

der Feilbietung fällig gewesenen, auf 150 fl. geschätzten Auszug abzuführen; der Sequester Jacob T. hat aber diesen Auszug nicht percipirt und stellte bei der Meistbotsvertheilung in seinem und seiner Gattin Josefa Namen das Begehren um Zuweisung des Schätzwerthes per 150 fl. anstatt desselben behufs Tilgung der Forderung per 400 fl., für welche die Sequestration dieses Ausgedinges erwirkt worden war. Dieses Begehren wurde jedoch kraft des oberwähnten Meistbotvertheilungbescheides der I. J. abgewiesen — aus folgenden

Gründen:

Die Ausgedinger Johann und Barbara Sch. haben der zu Gunsten der Eheleute Jaromir und Barbara Sch. verbücherten Forderung per 1000 fl. s. N. G. den Vorrang vor ihrem Ausgedinge eingeräumt, und zwar schon früher, bevor die Eheleute T. die executive Sequestration dieses Ausgedinges erwirkten. Im Falle eines Zwangsverkaufes der Hypothek treten daher die Eheleute Jaromir und Barbara Sch. in die Rangordnung dieses unter Postzahl 27 verbücherten Ausgedinges, beziehungsweise in das Bezugsrecht der Eheleute Jaromir und Barbara Sch. bis zur völligen Befriedigung mit ihrer Forderung per 1000 fl. ein, und zwar nicht blos vom Feilbietungstage an, sondern auch für drei Jahre zurückgerechnet. Es wird daher das für die Zeit vom 1. November 1889 bis dahin 1890 rückständige Ausgedinge im Werthe von 150 fl. anstatt der Auszügler Johann und Barbara Sch. den Eheleuten Jaromir und Barbara Sch. zur Deckung ihrer Forderung per 1000 fl. zugewiesen. Dem Begehren des Sequesters Jacob T. um Zuweisung dieser Summe per 150 fl. zur Tilgung der Forderung desselben per 400 fl. konnte nicht willfahrt werden, weil der executive Sequester nicht mehr Rechte haben kann als die Ausgedinger selbst, und diese durch die unter Postzahl 38 angemerkte Vorrangseinräumung den Anspruch auf den Bezug des Ausgedinges für sich verloren haben.

Gegen diesen B. recurrirten die Eheleute Jacob und Josefa T. sowohl aus dem Grunde, weil a) dem Jaromir Sch. die Summe von 475 fl. als Restguthaben seiner Sequesterauslagen zugewiesen, als auch deshalb, weil b) ihrem Begehren um Zuweisung des Betrages per 150 fl. als Schätzwerthes der für die Zeit vom 1. November 1889 bis dahin 1890 entfallenden Ausgedingsgiebigkeiten nicht entsprochen wurde.

Diesem Recurse hat nun das OLG in Prag mittelst Decretes vom 29. April 1891, Z. 10.644, betreff des Begehrens ad a) willfahrt, den Jaromir Sch. mit seinem Ansuchen um Zuweisung zur Zahlung des erwähnten Restguthabens als Vorzugspost abgewiesen und dasselbe im Allgemeinen aus der Rangordnung der auf den Meistbot verwiesenen Forderungen ausgeschieden — das Begehren ad b jedoch verworfen — aus folgenden

Gründen:

Ad a) Der Meistbot, welcher bei der executiven Feilbietung der Grundwirthschaft X erzielt wurde, tritt an die Stelle dieses Anwesens und bildet einen eigenen Fond, aus welchem die ob demselben pfandrechtlich sichergestellten Forderungen zu decken sind. Die executive Sequestration bezieht sich jedoch nur auf die Früchte, welche auf diesem Anwesen erzeugt wurden, mithin können die mit der Sequesterführung verknüpften Auslagen auch nur aus dem besonderen, durch die Erzeugung dieser Früchte gebildeten Fonde gedeckt, keineswegs jedoch auf den Meistbot überwälzt werden. Denn jene Pfandgläubiger, welche die executive Sequestration nicht erwirkt haben, hatten und haben kein Interesse daran, dass diese Massnahme auf die Früchte des Anwesens eingeleitet wurde, sie können mithin nicht dazu verhalten werden, dass aus der Substanz dieses Anwesens, nämlich aus dem erzielten Meistbote hiefür, vor Allem die mit der Führung der Sequestration verknüpften Auslagen gedeckt werden, zumal auch nicht mit annähernder Sicherheit sich bestimmen lässt, um welchen Betrag etwa dieses Anwesen höher erstanden wurde aus dem Grunde, weil die noch nicht abgetrennten und daher dem Sequester noch nicht gehörigen Früchte zugleich mit versteigert wurden.

Ad b) Dagegen wurde dieses Begehren verworfen, weil die Eheleute Johann und Barbara Sch. der Forderung der Eheleute Jaromir und Barbara Sch. per 1000 fl. ö. W. den Vorrang vor ihrem unter P.-Z. 27 sichergestellten Ausgedinge eingeräumt und also zu einer Zeit, wo sie mit ihrem Ausgedinge unbeschränkt verfügen konnten, eingewilligt haben, dass diese Gläubiger vor ihnen zur Befriedigung gelangen, diese Ausgedinger mithin aus der Substanz des Meistbotes insolange nichts erhalten können, als jene Forderung nicht bezahlt ist, und dieser Bestimmung auch die Eheleute T. sich unterwerfen müssen, weil ihnen die Sequestration des noch nicht behobenen Ausgedinges zu einer Zeit bewilligt wnrde, wo diese Ausgedinger schon lange vorher die Priorität jener Forderung eingeräumt hatten.

Gegen diese E. des Oberrichters beschwerten sich sowohl Jaromir Sch. als die Eheleute Jacob und Josefa T.

Der OGH hat dem o. Revisionsrecurse des Jaromir Sch. unter Hinweis auf die richtige Begründung des Oberrichters keine Folge gegeben, hingegen dem a. o. Revisionsrecurse der Eheleute T. willfahrt, und unter Abänderung der gleichlautenden E. der Unterinstanzen erkannt, dass der bis nun nicht behobene Auszug im Werthe per 150 fl. nicht den Eheleuten Jaromir und Barbara Sch., sondern den Eheleuten Jacob und Josefa T. auf Abschlag ihrer Forderung per 400 fl. zugewiesen werde, aus folgenden

Gründen:

Durch die Einräumung des Vorranges vor ihrem Ausgedinge haben zwar die Eheleute Johann und Barbara Sch. den Eheleuten Jaromir und

Barbara Sch. das Recht zugestanden, bei einer allfälligen executiven Versteigerung der Hypothek und sohiniger Meistbotsvertheilung die Zuweisung ihrer Forderung per 1000 fl. s. N. G. vor dem Ausgedinge, beziehungsweise die Zuweisung der den Auszüglern gebührenden Giebigkeiten auf Abschlag ihrer Forderung zu begehren; allein bis zu dem Zeitpunkte, wo diese Eventualität eintritt, daher bis zum Feilbietungstage, bleibt das betreffende Bezugsrecht der Auszügler ganz unberührt und können diese Giebigkeiten von den Gläubigern der Auszügler exequirt, beziehungsweise sequestrirt werden. Es kann dann der sequestrirende Gläubiger diese bis zum Feilbietungstage fälligen Giebigkeiten von dem Hypotheksbesitzer in Empfang nehmen und falls am Feilbietungstage selbst aus was immer für Gründen ein Rest für diese Giebigkeiten aushaftet, so kann dem sequestrirenden Gläubiger nicht verwehrt werden, diesen Rest aus der Hypothek, beziehungsweise dem Meistbote, der an ihre Stelle trat, einbringlich zu machen, weil das seinerseits bereits erworbene Recht nicht behoben werden kann durch den dem Capitale des Gegners eingeräumten Vorrang, welcher erst am Feilbietungstage selbst rechtswirksam wird.

3030.

Die Separatio bonorum erstreckt sich auch auf das immobile Nachlassvermögen, dessen Erträgnisse einen Fond für die Befriedigung der Legatare zu bilden haben.

E. v. 15. September 1891, Z. 11212. — (GZ 16 ex 93, Seite 135.)
I. BG Marburg.
II. OLG Graz.

In der Verlasssache nach Josef L. wurde nach Einbringung widersprechender Erbserklärungen über schliessliches Einverständniss sämmtlicher Erbsinteressenten Dr. Josef H. zum gemeinsamen Verwalter des Nachlassvermögens bestellt, welch' letzteres aus einer Hausrealität, aus deponirten Wertheffecten und Pretiosen, endlich aus anderweitigen Fahrnissen bestand. Zur Austragung des Erbrechtsstreites wurden über Einverständniss der Parteien, die aus einem Testamente vom 7. Jänner 1888 erbserklärten Erben, nämlich die minderjährigen Paula und Melitta H., angewiesen, die Erbschaftsklage gegen die aus einem anderen Testamente vom 1. September 1863 erbserklärten Erben, welche ihre Erbansprüche kaufweise der Rosa H. überliessen, einzubringen. (Letzteres Testament enthält die Clausel, dass jede spätere letztwillige Verfügung null und nichtig sein solle.) Im Testamente vom 7. Jänner 1888 wnrde eine Reihe von Personen mit bedeutenden Geldbeträgen, dann mit bestimmten Einrichtungsstücken, Wäsche u. dgl. bedacht. Auch diese Legatsansprüche wurden eingeklagt, und sind die diesfälligen Processe gleichfalls noch im Zuge. Zur Sicherstellung dieser Legatsansprüche hat nun zunächst die

Legatarin Marie W. um Absonderung des Nachlassvermögens (§ 812 ABG) Aufstellung eines Curators und Uebertragung der Verwaltung des Nachlassvermögens an diesen angesucht. Diesem Gesuche haben sich mit einer späteren Eingabe die sämmtlichen weiteren Legatare angeschlossen.

Ueber dieses Gesuch hat, nach Einvernehmung der Parteien, die I. J. nur die Absonderung der nicht deponirten Fahrnisse von dem übrigen Nachlassvermögen bewilligt und verfügt, hingegen das Separirungsbegehren hinsichtlich des weiteren Verlassvermögens abgewiesen, dagegen dem Dr. Josef St. als Verwalter des Nachlassvermögens aufgetragen, Rechnung zu legen, und wurden hinsichtlich eines allfälligen Ueberschusses weitere Massregeln in Aussicht gestellt. Dagegen recurrirten die Legatare, und zwar sofern ihrem Separirungsbegehren nicht zur Gänze Folge gegeben wurde, und Dr. Josef H. als gesetzlicher Vertreter der minderjährigen Paula und Melitta H., sowie als bestellter Nachlassverwalter, ferner auch Rosa H., die Käuferin der Erbansprüche aus dem Testamente vom 1. September 1863, welche letzteren bestreiten, dass die Voraussetzungen zu einer Absonderung des Nachlassvermögens gegeben seien.

Das OLG hat den angefochtenen B., welcher bezüglich des Auftrages an Dr. Josef H. zur Vorlage der Verwaltungsrechnung unberührt blieb, in Ansehung der verfügten Absonderung von Fahrnissen im Schätzwerthe von 556·89 fl. bestätigt, im Weiteren aber dahin abgeändert, dass die von den Legataren angesuchte Absonderung des Nachlassvermögens auch in Ansehung der weiteren, im Inventursprotocolle angeführten Verlassgegenstände bewilligt und die Aufstellung eines Curators verfügt wurde. In den Gründen wird ausgeführt, dass zur Anwendung der im § 812 ABG vorgesehenen Massregel die Darthuung einer Gefahr nicht erforderlich sei, dass zur Erwirkung der angesuchten Sicherstellungsmassregel die Berufung auf das zugegebenermassen echte und formgerechte Testament vom 7. Jänner 1888, in welchem die Legatsansprüche festgestellt sind, genügt, dass das Beneficium separationis vermöge seines Zweckes sich regelmässig auf das ganze Verlassvermögen erstreckt, von welcher Regel vorliegend um so weniger abgegangen werden könne, als durch das bewegliche Verlassvermögen die Legate der Absonderungswerber nicht völlig gedeckt erscheinen, und endlich, dass nach der Sachlage auch von der im § 812 ABG vorgesehenen Obsorge des Vermögens durch einen zu bestellenden Curator nicht abgegangen werden könne.

Ueber den Revisionsrecurs des Dr. Josef H. und der Rosa H. hat der OGH die angefochtene oberlandesgerichtliche E. unter Hinweis auf deren Begründung und in der Erwägung bestätigt, dass die Ansprüche der Legatare als hinlänglich bescheinigt angesehen werden müssen, da sie sich auf eben jenes Testament vom 7. Jänner 1888 stützen, aus welchem die minderjährige H. ihren eigenen Erbrechtstitel ableitet, dass die Vermengung des Nachlassvermögens mit dem Vermögen der Erbs-

prätendenten, welche Vermengung die Legatare besorgen, im vorliegenden Falle, nach der Actenlage und trotz der erfolgten gerichtlichen Deponirung der Nachlasswertheffecten jedenfalls möglich ist, weil nicht ausgeschlossen ist, dass dieses Depositum auf Grund eines Einverständnisses der Erbsprätendenten erfolgt werden könnte, wenn nicht für die Ansprüche der Legatare eine entsprechende Vorkehrung getroffen wurde, zumal der Richter für die Sicherstellung Derjenigen, welchen ein Anspruch an den Verlass zusteht, nicht weiter zu sorgen hat, als sie es selbst verlangen und dass die Behauptung im Revisionsrecurse, es befinde sich die Verwaltung der Nachlassrealität schon gegenwärtig unter gerichtlicher Aufsicht, der Actenlage nicht entspricht, weil Dr. Josef H. nur der von den Erbsprätendenten namhaft gemachte, gemeinsame Verwalter des Nachlasses des Josef L. ist, also die Verwaltung im Namen der Erbsprätendenten ausübt, andererseits aber das Nachlasshaus ein nicht unbedeutendes Zinserträgniss abwirft und es den Legataren nicht verwehrt werden kann, auch dieses Erträgniss als einen Fond für ihre Befriedigung zu sichern, was eben die Verfügung des § 812 ABG beabsichtigt.

3031.

Ein wenngleich anlässlich einer Eheschliessung errichteter Kaufvertrag über eine Liegenschaft bedarf zu seiner Giltigkeit nicht der notariellen Form (§§ 887 und 1217 ABG).

E. v. 16. September 1891, Z. 9127. — (Práv. XVIII ex 92, Seite 625.)

Die Klage der Eheleute Wenzel und Magdalena A gegen die Eheleute Wenzel und Franziska B pcto. Zahlung eines Kaufpreisrestes per 250 fl. s. N. G. hat die I. J. zurückgewiesen aus nachstehenden, den Sachverhalt einschliessenden

Gründen:

Die Kläger schlossen gegen Ende Juli 1890 mit ihrer Tochter Franziska und deren Bräutigam Wenzel B unter der Bedingung der Eheschliessung zwischen ihnen einen mündlichen Kaufvertrag dahin ab, dass sie ihnen ihr Haus X für den Kaufschilling per 600 fl. und ein Wohnungsausgedinge daselbst verkauften und gegenseitig vereinbarten, dass ihnen die Eheleute B in kurzer Zeit 300 fl. ohne Zinsen bezahlen sollen, dass sie jedoch in die über diesen Kaufvertrag zu errichtende Urkunde den Kaufpreis anstatt mit 600 fl. blos in der Höhe von 300 fl. und das Wohnungsausgedinge werden eintragen lassen, um an Auslagen zu ersparen, und dass die zweiten 300 fl. als eine verzinsliche Summe zu gelten haben. Am 3. August 1890 liessen sohin die Eheleute A, sowie ihre Tochter Franziska und deren angehender Bräutigam Wenzel B beim k. k. Notar zu S. einen Vertrag über eine Uebereinkunft errichten, welche als Uebergabsvertrag betitelt wurde, und worin erwähnt wird, dass Wenzel B und

Franziska A sich entschlossen haben, mit einander in den Stand der Ehe zu treten, und dass anlässlich dieses beabsichtigten Ehebündnisses die Kläger dem Bräutigam ihr Häuschen X sammt der Bauparcelle Y und der Ackerparcelle Z für den Preis von 350 fl. abgetreten und übergeben haben, wie auch die Einwilligung ertheilen, dass das Eigenthumsrecht zu der einen Hälfte für Wenzel B, zu der anderen für die Franziska A grundbücherlich eingetragen werde, dass ferner die angehenden Brautleute die bezeichneten Liegenschaften für sich übernehmen und die Kaufsumme per 300 fl. in drei Jahresraten zu je 100 fl. abzahlen werden, dass jedoch die abtretenden Eltern den Rest per 50 fl. der Tochter Franziska auf Abschlag ihres dereinstigen Erbtheiles erlassen uud diese Uebereinkunft erst dann ihre völlige Rechtswirksamkeit erlangen soll, bis die angehenden Brautleute die kirchliche Trauung werden eingegangen haben. Franziska A und Wenzel B schlossen in der That das eheliche Bündniss und es wurde hierauf auf Grund der notariellen Ausfertigung über besagten Uebergabsvertrag das Eigenthumsrecht der obbezeichneten Liegenschaften zu ihren Gunsten im Grundbuch eingetragen. Als aber späterhin die Kläger von ihnen die Zahlung jenes Betrages per 250 fl. als Kaufpreisrestes forderten, welcher vereinbartermassen in die Urkunde über jenen Uebergabsvertrag nicht aufgenommen wurde, haben die Belangten diese Zahlung verweigert und werden nun deshalb im Rechtswege belangt. Gegen diese Klagebehauptungen wenden nun die Belangten ein, dass der Kaufpreis nur mit 350 fl., nicht mit 600 fl. vereinbart war und bringen die Ausfertigung des Notariatsactes ddto. 3. August 1890 bei, gemäss dessen die Kläger den Belangten anlässlich der beabsichtigten Eheschliessung obige Liegenschaften um den Kaufpreis per 350 fl. abgetreten haben. Laut § 887 ABG liegt nun den Klägern ob, nachzuweisen, dass sie von der mündlichen Vereinbarung bezüglich der Festsetzung des Kaufpreises, welche mit der schriftlichen Vertragsurkunde nicht übereinstimmt, nicht zurückgetreten sind, in welchem Falle dann das Rechtsgeschäft im Sinne des § 916 ibid., wenn es als Scheingeschäft zu betrachten ist, nach seiner wahren Beschaffenheit zu beurtheilen sein wird. Die Durchführung eines solchen Nachweises ist jedoch in diesem Stritte unzulässig, weil der schriftliche Vertrag, welcher durch die Ausfertigung des Notariatsactes de dato 3. August 1890 bewiesen vorliegt, als Ehepact im Sinne der §§ 1217 und 1218 cit. anzusehen ist, welcher ein Heiratsgut zum Gegenstande hat, und daher nach dem Gesetze vom 25. Juli 1871, BGB Nr. 76, zu seiner Giltigkeit der notariellen Form bedarf, weshalb auch die mündliche Vereinbarung, welche die Kläger behaupten, keine Giltigkeit erlangte und die Klage mithin als unbegründet abzuweisen war.

Ueber Appellation der Kläger hat die II. J. die E. des Streites von der Ablegung des Haupteides über die Klagebehauptungen abhängig gemacht.

Gründe:

Der Ansicht des Erstrichters, die am 3. August 1890 zwischen den Streittheilen geschlossene Uebereinkunft sei ein Ehepact im Sinne der §§ 1217 und 1218 cit. kann nicht beigepflichtet werden, weil in derselben von einem Heiratsgute keine Rede ist, sondern ausdrücklich angeführt wird, dass beide Theile mit einander einen Uebergabsvertrag geschlossen, die Kläger ihr Haus den Belangten für eine bestimmte Summe abgetreten und diese sich zur Bezahlung derselben verpflichtet haben, daher diese Uebereinkunft sich ihrem Wesen nach als Kaufvertrag gemäss § 1053 ib. darstellt, zu deren Giltigkeit die Errichtung eines Notariatsactes nicht nöthig ist. Falls mithin die Kläger darthun, dass bei Abschluss des Vertrages der Kaufpreis für ihr Häuschen und die obbenannten Liegenschaften beiderseits auf 600 fl. festgesetzt wurde, und beide Streittheile mit einander vereinbarten, dass die Belangten in Kurzem 300 fl. ohne Zinsen zu bezahlen haben, die übrigen 300 fl. aber als eine verzinsliche Summe zu gelten und blos diese zweiten 300 fl. in die schriftliche Vertragsurkunde als Kaufschilling einzutragen sein werden, kann dieser schriftliche Vertrag nicht als ein solcher Act bezeichnet werden, welcher mit der vorangegangenen mündlichen Uebereinkunft nicht im Einklange wäre, nachdem darin thatsächlich angegeben ist, dass die Belangten den Kaufpreis per 300 fl. in drei Raten abzustatten und eventuell mit 5 Percent zu verzinsen haben, mithin diese Uebereinstimmung allerdings vorhanden ist. Er ist jedoch mit der vorangegangenen mündlichen Uebereinkunft nicht nur in keinem Widerspruche, sondern vielmehr nur ein Bestandtheil der ursprünglichen mündlichen Vereinbarung und es kann also die Vorschrift des § 887 cit. nicht mit Rechtswirkung eingewendet werden, da nach der schriftlichen Urkunde der zweite Theil jener vorangegangenen mündlichen Vereinbarung ganz gut in Geltung verbleiben kann. Die Belangten haben nicht einmal behauptet, geschweige denn erwiesen, dass etwa nach Abschluss der seitens der Kläger behaupteten mündlichen Verabredung beide Theile etwas Anderes vereinbart und demzufolge die ursprüngliche Vereinbarung annullirt haben. Wird also erwiesen, dass der Kaufschilling thatsächlich mit 600 fl. vereinbart wurde, so sind die Belangten kraft der §§ 1053, 1062, 904, 1333 und 1334 cit. schuldig, nicht nur die im Notariatsacte angegebene Summe, sondern auch die restirenden 300 fl., oder aber, weil die Kläger ihnen 50 fl. nachliessen, blos 250 fl., zu deren Bezahlung sie sich ja mündlich verpflichteten, sammt 5 Percent Verzugszinsen zu bezahlen. Die Auffassung, es liege den Klägern ob, darzuthun, dass sie von der ursprünglichen mündlichen Uebereinkunft nicht abgegangen sind, beweist schon die Klage an sich, mittelst deren sie ja die Zahlung des kraft mündlicher Uebereinkunft festgesetzten Kaufschillings begehren und es läge vielmehr den Belangten ob, darzuthun, dass Kläger von jener mündlichen Vereinbarung abgegangen sind und etwas Anderes

vereinbarten, weil der berufene Notariatsact hierüber, wie schon bemerkt, keinen Beweis liefert.

Ueber Revision der Belangten bestätigte der OGH die E. II. J., zumal die durch die notarielle Ausfertigung beglaubigte Uebereinkunft ihrem Inhalte und ihrer Wesenheit nach als Kaufvertrag sich darstellt, woran der Umstand nichts ändert, dass derselbe anlässlich der durch die Käufer eingegangenen Eheschliessung und unter der Bedingung des wirklichen Abschlusses derselben stattfand, wobei noch weiters erwogen wurde, dass die ausdrückliche Abrede, es solle eine Bestimmung der mündlich getroffenen Uebereinkunft in die schriftliche Aufzeichnung derselben nicht aufgenommen werden, die Anwendung der Vorschrift des § 887 cit. offenbar ausschliesst, wenn auf den Sinn und Zweck derselben Bedacht genommen wird.

3032.

Die Hauptgrundlage des Anfechtungsprocesses ist die thatsächliche Verringerung des Vermögensstandes des Schuldners durch das angefochtene Rechtsgeschäft.

E. v. 7. October 1891, Z. 10191. — (Práv. XVI ex 92, Seite 563.)
I. BG Kouřim.
II. OLG Prag.

Die Klage der Firma A gegen die B pcto. Unwirksamerklärung des Kaufcontractes über die Hälfte der Realität X, belangend die Forderung der A pcto. der Wechselrestsumme per 107 fl. s. N. G. wurde in I. J. abgewiesen aus folgenden, den Sachverhalt enthaltenden

Gründen:

A hat durch das rechtskräftige U. des KG zu K. ddto. 9. August 1887 dargethan, dass ihr Josef C sen. und Josef C jun. in solidum die Wechselrestsumme per 107 fl. s. N. G. schulden. Desgleichen ist theils durch das Eingeständniss der B, theils durch die Processbeilagen erwiesen, dass Josef C jun. mittelst Kaufcontractes ddto. 19. September 1887 die ihm gehörige Hälfte der Realität X sammt Zubehör und allen Rechten und Lasten der B um den vereinbarten Kaufpreis per 1000 fl. verkauft und die B diesen Kaufschilling durch Uebernahme einer ob dieser Hälfte zu Gunsten des Josef C sen. und der Barbara C pfandrechtlich versicherten Forderung per 1000 fl. und des für beide letzterwähnten Personen ob derselben verbücherten lebenslänglichen Ausgedinges bezahlt habe; ferner dass für die B das Eigenthumsrecht zu dieser Hälfte grundbücherlich einverleibt und sie die leibliche Schwester des Josef C jun. ist. Dagegen hat A nicht dargethan, dass sie durch diesen Kaufvertrag in ihren Rechten verkürzt wurde; denn im Hinblicke auf den Grundbuchstand war nicht zu

erwarten, dass die A durch Führung der Execution auf diese Realitätenhälfte zur Befriedigung gelangt. Laut des durchgeführten Sachverständigenbeweises ist nämlich die ganze Realität X auf 2499 fl. bewerthet und hatte im Jahre 1887 einen Werth von höchstens 2500 fl., wovon auf die Hälfte des Josef C jun. 1250 fl. entfallen würden; ferner hafteten ob dieser Hälfte, nach dem eigenen Geständnisse der A, das Pfandrecht für die Hälfte der oberwähnten Forderung zu Gunsten des Josef C sen. und der Barbara C per 2000 fl., mithin für 1000 fl. und das Ausgeding für diese Eheleute. Dieses Ausgedinge umfasst unter Anderem auch tägliche 10 kr. auf das Frühstück und tägliche $1^1/_2$ Liter Bier. Ohne Rücksicht auf die Giebigkeit an Bier erreicht aber die Abfuhr jener täglichen 10 kr. schon die Jahressumme per 36·50 fl. und repräsentirt zu 5 Percent capitalisirt ein Capital von 730 fl. Mit Hinblick auf diesen Grundbuchstand lässt sich also keineswegs behaupten, dass durch das angefochtene Kaufgeschäft A an ihren Rechten einen Abbruch erlitten hat.

Ueber Appellation der A hat die II. J. der Klage stattgegeben.

Gründe:

Die B, als Schwester des Josef C jun., hat nicht dargethan, wie dies der § 30, Abs. 4 des AG verlangt, dass ihr zur Zeit des Abschlusses des Kaufvertrages eine auf die Verkürzung der Gläubiger gerichtete Intervention des Schuldners unbekannt war. Im Gegentheile hat die B daraus, dass sie mittelst des in Rede stehenden Kaufvertrages auch einige ausserbücherliche Schulden des Verkäufers zur Zahlung übernahm, schliessen müssen, dass durch dieses Rechtsgeschäft die ausserbücherlichen Gläubiger des Josef C jun. werden verkürzt werden, welcher sofort nach seiner kraft des Decretes vom 11. September 1887 erfolgten Grossjährigkeitserklärung den angefochtenen Kaufvertrag abschloss, obwohl schon das U. des KG zu K., ddto. 9. August 1887, wider ihn ergangen war, woraus die auf Verkürzung seiner Gläubiger gerichtete Intention klar zu Tage liegt und dargethan ist. Dabei ist auf die Angemessenheit des Kaufpreises kein Bedacht zu nehmen, weil dieselbe auf die Absicht der Verkürzung keinen Einfluss übt und es sich in vorliegendem Falle um keinen Scheinverkauf handelt.

Ueber Revision der B stellte jedoch der OGH die E. I. J. wieder her.

Gründe:

Durch den angefochtenen Kaufvertrag hat die B die Hälfte der Realität X wegen Uebernahme jener Forderung per 1000 fl., welche zu Gunsten der Eheleute Josef C sen. und Barbara C bereits aus dem Rechtsgeschäfte haftete, kraft dessen Josef C jun. selbst diese Hälfte erwarb, und gegen Leistung des ob derselben schon damals grundbücherlich für diese Personen versicherten Ausgedinges gekauft, und es überstiegen diese Ge-

genleistungen den durch die Sachverständigen mit 1250 fl. ermittelten Werth der Kaufsache, weshalb nicht mit Fug behauptet werden kann, dass die Gläubiger des Josef C jun. überhaupt durch diesen Kaufvertrag verkürzt wurden. Dass jedoch auf diese Weise ausserhalb des Concursverfahrens die Eltern des Schuldners und der Belangten bezüglich ihrer Forderungen etwa besser gestellt wurden, als dies anderweitig hätte geschehen können, und die Klägerin hiedurch einen Zahlungsfond verlor, reicht nach den grundlegenden Bestimmungen des AG nicht hin, namentlich wenn man den nur für das Concursverfahren giltigen § 5 mit dem § 30 ibid. vergleicht, um die Klägerin zu berechtigen, ein Vertragsgeschäft anzufechten, durch welches der Vermögensstand des Schuldners nicht verringert wurde.

3033.

Beschlagnahme und Verbot des Gebrauches einer auch in das Privateigenthum übergegangenen, aus dem Auslande eingeführten Patentimitation seitens des Civilrichters.

E. v. 20. October 1891, Z. 12479. — (JB 28 ex 93, Seite 333.)
I. st.-del. BG Favoriten.
II. OLG Wien.

In dem Privilegienstreite der Hermann, Victor und Richard F. und des Vormundes der minderjährigen Carl und Emilie F., Erben und Rechtsnachfolger nach Emilie F. in Brünn, gegen Gustav M., Stearinkerzenfabrikanten in Wien, und Reinhold N., Ingenieur in Leipzig, rücksichtlich die Firma Reinhold N., Maschinenfabrikant in Leipzig, haben die ersteren mittelst Gesuches de praes. 30. Juni 1891 um Bewilligung der Beschlagnahme oder zweckmässigen Verwahrung der angetroffenen, von den Sachverständigen als nachgemacht oder nachgeahmt erklärten Gegenstände des Privilegiums der Einschreiter, sowie der vorgefundenen, zur Nachmachung oder Nachahmung ausschliessend dienenden, von den Sachverständigen als solche erklärte Werkzeuge und Hilfsmittel, dann um Auftrag an die Gegner zur ungetheilten Hand auf Einstellung der ferneren Nachahmung und des ferneren Verschleisses der von den Sachverständigen als nachgemacht oder nachgeahmt erklärten Gegenstände während des Bestandes des Privilegiums der Einschreiter bei sonstiger Geldstrafe für jeden Contraventionsfall und einer Caution dafür, dass die betretenen, von den Sachverständigen als nachgeahmt oder nachgemacht erklärten Gegenstände während der Dauer des Privilegiums der Einschreiter im Inlande weder gebraucht, noch veräussert, rücksichtlich innerhalb der zu bestimmenden Frist in das Ausland ausgeführt werden, gebeten.

Nach Durchführung des Sachverständigenbeweises, Vornahme eines gerichtlichen Augenscheines und Einvernehmung beider Theile hat die I. J. das Gesuchsbegehren abgewiesen, und zwar aus nachstehenden

Erwägungen:

Es liegt zwar unbestritten vor, dass dem Leopold S. im Jahre 1882 mittelst Privilegiumsurkunde des Handelsministeriums (Beilage A) das ausschliessende Privilegium für die Dauer eines Jahres in den im Reichsrathe vertretenen Königreichen und Ländern auf Vorrichtungen zur Herstellung von Hohlkerzen, inbesondere von Hohlkerzen mit Schaftconus, verliehen wurde, welches laut der auf A ersichtlichen Bestätigung des Privilegiumsarchives, Z. 34.177 ex 1887, bis inclusive 21. September 1892 verlängert worden ist, dass Leopold S. dieses Privilegium mit Uebereinkommen B ddto. Brünn, 28. October 1890 an Emilie F. übertragen habe, und dass diese Uebertragung laut der auf A befindlichen Bestätigung des Privilegiumsarchives im Privilegiumregister vorschriftsmässig eingetragen erscheint, dass ferner die Einschreiter, welche als laut B. des städt.-del. BG Brünn vom 11. Mai 1891, Z. 14.879, (C) erbserklärte Erben nach Emilie F. auftreten, gemäss § 547 ABG dieselbe darstellen. Es liegt ferner auf Grund des laut hiergerichtlichen Protocolles vom 4. Juli 1891, Z. 13.026, vorgenommenen Augenscheines als erwiesen vor, dass sich in der Stearinfabrik des Gustav M. eine Maschine, welche mit der Firmatafel Reinhold N. und der Nummer 2310 versehen ist, befindet und auf Grund des laut desselben Protocolles abgegebenen Sachverständigengutachtens, welches durch die Fragen der Gegenseite keineswegs alterirt wurde, als erwiesen, dass die genannte Maschine mit einer Vorrichtung zur Herstellung von Stearinkerzen mit Schaftconus dient, und dass bei dem Umstande, als bei der Einrichtung dieser Maschine zweitheilige Conusformen zur Anwendung kommen, eine Nachahmung des den Einschreitern zustehenden Privilegiums in Bezug auf den in der Beschreibung sub 2 angeführten Anspruch vorliege. Bei dieser Sachlage frägt es sich darum, ob sich die Gegenseite eines Eingriffes in das den Einschreitern zustehende Privilegium, oder einer Verletzung desselben schuldig gemacht habe. Hierbei wird bemerkt, dass, nachdem das gefertigte Gericht darüber zu entscheiden hatte, ob die von den Einschreitern gestellten Begehren zu bewilligen seien oder nicht, dasselbe sich auf die Beantwortung der vorstehenden Frage einlassen musste, und dass es sich hiebei mit dem blossen Sachverständigengutachten keineswegs begnügen konnte. Diese Frage muss entschieden verneint werden, wenn erwogen wird, was den Gegenstand des Privilegiums der Einschreiter bildet, und welche Handlungen die Firma Reinhold N. und Gustav M. begangen haben, die den Eingriff in das fragliche Privilegium, oder die Verletzung desselben begründen sollen. Den Gegenstand des Privilegiums der Einschreiter bilden laut A Vorrichtungen zur Herstellung von Hohlkerzen, und insbesondere von Hohlkerzen mit Schaftconus und sind daher diese Vorrichtungen hierdurch, nicht aber die damit erzeugten Producte gesetzlich geschützt. Was hingegen die Thathandlungen der Gegenseite betrifft, so besteht unbestrittener-

massen die Thathandlung der Firma Reinhold N. lediglich darin, dass sie eine im Auslande erzeugte Maschine mit der Vorrichtung zur Herstellung von Stearinhohlkerzen mit Schaftconus an Gustav M. verkaufte, während gleichfalls unbestrittenermassen die Thathandlung des Letzteren blos darin besteht, dass er diese Maschine käuflich an sich brachte und mittelst derselben Kerzen von genannter Haftung fabriksmässig erzeugte. Diese Thathandlungen können nach dem bestehenden Privilegiengesetze keineswegs einen Eingriff in das Privilegium der Einschreiter oder eine Verletzung desselben involviren, da der § 38 sub a, b und c des kais. Pat. vom 15. August 1852, RGB Nr. 184, die Fälle des Privilegiumeingriffes und der Verletzungen eines Privilegiums normirt, und weder die Thathandlungen der Firma Reinhold N., noch jene des Gustav M. unter einen derselben subsumirt werden kann. Insbesondere kann die Thathandlung der Firma Reinhold N. unter die Vorschrift des Alinea A des § 38 kais. Pat. vom 15. August 1852, RGB Nr. 184, deshalb nicht subsumirt werden, weil die genannte Firma nicht im Geltungsgebiete des österr. Privilegiengesetzes die fragliche Maschine erzeugt hat. Dies wird wenigstens von den Einschreitern selbst nicht behauptet, und weil sie dieselbe dem Gustav M. nicht zum Verschleisse sondern zu eigenem Gebrauche in seinem Fabriksgeschäfte geliefert hat (§ 38 lit. b, Privilegiengesetz), während dem Gustav M. nicht imputirt werden kann, dass er sich gegen die Vorschrift des § 8 lit. b und c Privilegiengesetz vergangen habe, weil nicht einmal behauptet wird, dass er sich mit dem gewerbsmässigen Verschleisse der von der Firma erzeugten Maschinen mit der Vorrichtung zur Herstellung von Stearinkerzen mit Schaftconus befasse, oder solche von denselben zur Aufbewahrung oder Ausstellung für einen solchen Verschleiss aus dem Auslande beziehe, oder einführe, oder den Verschleiss, oder auch nur die Aufbewahrung oder Ausstellung solcher Maschinen zum Verschleisse besorge, oder übernehme, und weil, wie bereits eingangs bemerkt, unter dem Schutze des Privilegiums der Einschreiter blos die Maschine selbst steht, nicht aber auch die mit derselben hergestellten Kerzen. Dass die Fälle des Privilegiumseingriffes oder der Verletzung eines Privilegiums in der citirten Gesetzesstelle taxativ aufgezählt sind, kann keinem Zweifel unterliegen, nachdem dieselbe mit keinem Worte zu erkennen gibt, dass sie solche nur demonstrativ aufgezählt haben wollte. Mit Rücksicht darauf war das gestellte Begehren abzuweisen und es entfiel jede weitere Erläuterung der Ausführungen beider Theile und insbesondere jener, die sich auf die Vorschriften der §§ 40 und 47 kais. Pat. vom 15. August 1852, RGB Nr. 184, beziehen.

Dem Recurse der Einschreiter hat das OLG Folge gegeben und in Abänderung des erstrichterlichen B. Nachstehendes verfügt: 1. Es wird die Beschlagnahme der in der Stearinkerzenfabrik des Gustav M. in Wien befindlichen, von der Firma Reinhold N. in Leipzig erzeugten und an

Gustav M. gelieferten, mit der Bezeichnung „Reinhold N. Nr. 2310“ versehenen Kerzengiessmaschine zur Anfertigung von Stearinhohlkerzen mit Schaftconussen in der Art jedoch gemäss § 47 Privilegiengesetz gegen eine von den Gesuchstellern vorerst für allfälligen Schimpf und Schaden dem Gegner zu erlegende Caution von 1000 fl. bewilligt, dass an diese Maschine Amtssiegel in einer den ferneren Gebrauch derselben ohne Verletzung der Amtssiegel ausschliessenden Weise sofort über Anmelden der Gesuchsteller seitens eines Abgeordneten des städt.-del. BG Favoriten angelegt werden, welche Massregel im Sinne des Schlussabsatzes des § 47 Privilegiengesetz bei Vermeidung der dort ausgedrückten Folgen zu rechtfertigen sein wird; 2. wird dem Gustav M. und der Firma Reinhold N. hiermit zur ungetheilten Hand aufgetragen: a) den ferneren Gebrauch der oben sub 1 beschriebenen Maschine, sowie die fernere Herstellung von Hohlkerzen mit Schaftconussen unter Anwendung einer solchen Maschine während des Bestandes des den obenausgewiesenen Erben nach Emilie F. im Grunde der Privilegiumsurkunde A ertheilten ausschliesslichen Privilegiums bei Vermeidung einer Geldstrafe von 50 fl. für jeden Contraventionsfall einzustellen und b) den Betrag von 1000 fl. zu Gerichtshanden als Sicherstellung dafür zu erlegen, dass die dem oberwähnten Privilegium der Erben nach Emilie F. nachgeahmte sub 1 beschriebene, im Auslande hergestellte Maschine wieder in das Ausland geführt werde; dies aus nachstehenden

Erwägungen:

Mit Hinblick auf die Eingangsworte zum Privilegiumgesetze vom 15. August 1852, RGB Nr. 184, dann auf die §§ 1, 21 und 28 ebenda ergibt sich im Zusammenhalte mit der bezüglichen Privilegiumsurkunde A, aus welcher die Gesuchsteller nunmehr als Erben und Rechtsnachfolger nach Emilie F. die mit der Eingabe de praes. 30. Juni 1891, Z. 13.026, geltend gemachten Rechte ableiten, und mit der zu dieser Urkunde gehörigen Beschreibung, dass den Gesuchstellern auf Vorrichtungen zur Herstellung von Hohlkerzen, insbesondere von Hohlkerzen mit Schaftconussen in der im Reichsrathe vertretenen Königreichen und Ländern dermalen noch ein ausschliessendes Privilegium zusteht, und dass Niemand befugt sein kann, die den Gesuchstellern patentirten Vorrichtungen in Oesterreich nachzumachen oder nachzuahmen, oder solche vom Auslande eingeführte, nachgemachte oder nachgeahmte Vorrichtungen zur Herstellung von Hohlkerzen mit Schaftconussen in Oesterreich und behufs Verschleisses solcher Kerzen zu gebrauchen. Aus den bisher gepflogenen Erhebungen ist jedoch constatirt, dass einerseits die Firma Reinhold N. in Leipzig eine daselbst erzeugte Kerzengiessmaschine in die Stearinkerzenfabrik des Gustav M. in Wien eingeführt hat, in welcher nach dem Ausspruche der Sachverständigen behufs Herstellung von Hohlkerzen mit

Schaftconussen die den Gesuchstellern in ihrem oberwähnten Privilegium patentirte Vorrichtung vorkommt, und haben andererseits weder die Firma Reinhold N. noch Gustav M. in Abrede gestellt, dass die fragliche Maschine mit der obenbezeichneten Vorrichtung nicht behufs Gebrauches zur Herstellung von Hohlkerzen mit Schaftconussen und behufs Veräusserung solcher Kerzen von Reinhold N. nach Oesterreich eingeführt und von Gustav M. zu diesem Zwecke bezogen wurde, gleichwie endlich auch Gustav M. nicht in Abrede gestellt hat, Hohlkerzen mit Schaftconussen, welche mittelst der eben erwähnten, von Reinhold N. bezogenen Maschinen hergestellt wurden, in Oesterreich in Verschleiss gebracht zu haben. Daraus ergibt sich bei richtiger Auffassung der obcitirten Bestimmungen des Privilegiengesetzes, dass sowohl gegen die Firma Gustav M. in Wien, als gegen die Firma Reinhold N. in Leipzig im Sinne der Bestimmungen der §§ 21 und 38 lit. b und c des Privilegiengesetzes der Bestand eines Eingriffes in das den Gesuchstellern zustehende Privilegium, bestehend in dem ausschliessenden Gebrauche der ihnen patentirten Vorrichtung zur Herstellung von Hohlkerzen mit Schaftconussen nicht nur durch das eigene Zugeständniss der Belangten, sondern auch durch Augenschein und Kunstbefund dargethan ist, und waren demnach mit Rücksicht hierauf gemäss der §§ 40, 44, 46 und 47 des Privilegiengesetzes über Begehren der Gesuchsteller unter Feststellung einer der Sachlage entsprechenden Caution im Sinne des § 47 ibid. zu Gunsten der Belangten die nach dieser Bestimmung zulässigen Massnahmen, und zwar mit Hinblick auf die §§ 890, 1301 und 1302 ABG solidarisch gegen beide Belangte zu bewilligen, wobei die weitere Erörterung der von dem Belangten geltend gemachten Einwendungen, als in den Rechtfertigungsprocess über diese Massnahmen gehörig nicht eingegangen werden konnte, wohl aber darauf Rücksicht genommen werden musste, dass die Firma Reinhold N. die fragliche Maschine im Auslande hergestellt hat, was für sich allein, so lange nicht § 21, § 38 lit. b des Privilegiengesetzes hinzutritt, keinen Privilegiumseingriff begründet, daher auch dieser Firma eine derlei Herstellung im Auslande nicht untersagt werden konnte, gleichwie auch aus demselben Grunde die Einstellung der blossen Herstellung im Auslande gegen Gustav M. nicht verfügt werden konnte, und auch nach dem klaren Schlussworte des § 40 des Privilegiengesetzes, da die ofterwähnte Maschine aus dem Auslande eingeführt worden war, nur Sicherstellung dafür aufgetragen werden konnte, dass dieselbe wieder ausgeführt werde, wobei jedoch schon mit Hinblick auf den ohnedies unter der Sanction des § 47 ibid. nothwendigen Rechtfertigungsprocess eine Frist zur Ausführung der Maschine nicht ausgesprochen war.

Dem Revisionsrecurse des Gustav M. und der Firma Reinhold N. hat der OGH keine Folge zu geben und die in Beschwerde gezogene oberlandesgerichtliche E. zu bestätigen befunden; dies in der Erwägung, dass

mit Rücksicht darauf, dass die dem Leopold S. ausgefertigte und auf Emilie F. übertragene Privilegiumsurkunde „auf Vorrichtungen zur Herstellung von Hohlkerzen, insbesondere von Hohlkerzen mit Schaftconus“ lautet, mit Rücksicht auf den Inhalt der geheimgehaltenen Beschreibung des Gegenstandes des Privilegiums, mit Rücksicht auf das Gutachten der Sachverständigen vom 4. und 18. Juli 1891, sowie mit Rücksicht auf die wohl im Zusammenhange aufzufassenden Bestimmungen der §§ 1 a bis c, 21 und 38 a bis c des Privilegiengesetzes vom 15. August 1852, RGB Nr. 184, ein genügender Anlass vorliegt, das nach Massgabe der Bestimmungen der §§ 40 und 47 des Privilegiengesetzes von den einschreitenden Erben nach Emilie F. in dem Gesuche vom 30. Juni 1891, gestellte und bei der Tagsatzung vom 18. Juli 1891 theils wiederholte, theils ergänzte, theils modificirte Begehren um mittlerweilige Vorkehrungen in jenem Umfange, in welchem demselben in der in Beschwerde gezogenen oberlandesgerichtlichen E. stattgegeben wurde, als begründet erscheinen zu lassen, dass die Stichhältigkeit der diesbezüglich von Gustav M. und Reinhold N. erhobenen, auf einer stricten Auslegung des § 38 des Privilegiengesetzes basirenden Einwendungen erst in dem laut B. des städt.-del. BG in Favoriten vom 22. September 1891, Z. 18.921, bereits anhängig gemachten Rechtfertigungsstreite zu erörtern und sohin hierüber zu entscheiden sein wird, dass sich aus obigem B. ergibt, dass die von den Einschreitern eingebrachte Klage sich nicht blos auf die Rechtfertigung der mit der E. des OLG vom 26. August 1891 bewilligten und am 12. September vollzogenen Beschlagnahme der Kerzengiessmaschine Nr. 2310 mit der Bezeichnung Reinhold N. beschränkt, sondern sich auch ohnedies auf die Justificirung der übrigen, in der oberlandesgerichtlichen E. bewilligten provisorischen Sicherheitsmassregeln erstreckt; dass endlich die den Gesuchstellern auferlegte Caution in der Höhe von 1000 fl. zur Sicherstellung der Recurrenten für Schimpf und Schaden nach dem obwaltenden Verhältnisse, dem Umfange der bewilligten provisorischen Sicherstellungsmassregeln und deren Wirkung sich als angemessen darstellt.

3034.

Der Gegenbeweis, dass von einem im notariellen Ehepacte als zugebracht bestätigten Heiratsgute nur ein Theilbetrag bis nun gezahlt wurde, ist zulässig.

E. v. 18. November 1891, Z. 11948. — (NZ 3 ex 93, Seite 391.)

Valentin F. begehrte gegen seine von ihm getrennt lebende Ehegattin Helene F. das Erkenntniss: Dieselbe sei schuldig anzuerkennen, dass sie dem Kläger auf das in den Ehepacten vom 7. Jänner 1883 Absatz 3 vom Kläger unrichtigerweise als ihm angeblich zugebracht bestätigte Heiratsgut per 500 fl. lediglich 80 fl. gezahlt habe, dass daher ein Betrag

von 420 fl. von diesem Heiratsgute nicht zu Recht bestehe, und zu gestatten, dass von der zu Gunsten der Geklagten auf dem im Grundbuche der Katastralgemeinde R., Einl.-Z. 107, inliegenden Grundbuchskörper pfandrechtlich haftenden Heiratsgutforderung per 500 fl. der Theilbetrag per 420 fl. gelöscht werde, widrigens letzterer auf Grund des über diese Klage erfliessenden U. gelöscht werden könne.

Hierüber hat die I. J. erkannt: Die Geklagte ist dann schuldig anzuerkennen, dass von der in den Ehepacten vom 7. Jänner 1883 im Absatze 3 als zugebracht bestätigten Heiratsgutsforderung per 500 fl. erst ein Theilbetrag per 80 fl. gezahlt worden sei, wenn die Geklagte den Haupteid: „es sei ihres Wissens und Erinnerns nicht wahr, dass sie à conto des in den Ehepacten vom 7. Jänner 1883 im Absatze 3 als zugebracht bestätigten Heiratsgutes per 500 fl. lediglich den Theilbetrag per 80 fl. gezahlt habe“ — nicht ablegt. Mit dem weiteren Begehren: die Geklagte sei schuldig anzuerkennen, dass ein Betrag von 420 fl. von diesem Heiratsgute nicht zu Recht bestehe, und zu gestatten, dass von der zu Gunsten der Geklagten auf dem im Grundbuche der Katastralgemeinde R., Einl.-Z. 107, inliegenden Grundbuchskörper pfandrechtlich haftenden Heiratsgutforderung per 500 fl. der Theilbetrag von 420 fl. gelöscht werde — wird der Kläger dermalen unbedingt abgewiesen.

Gründe:

Das Klagebegehren setzt sich aus zwei Theilen zusammen, welche getrennt beurtheilt werden müssen. Mit Rücksicht auf das in den Ehepacten vom 7. Jänner 1883 enthaltene Eingeständniss des Klägers, von der Geklagten ein Heiratsgut von 500 fl. erhalten zu haben, begehrt der Kläger ein Präjudicialerkenntniss dahin, dass dieses Anerkenntniss unrichtig, vielmehr von diesem Heiratsgute erst der Theilbetrag von 80 fl. gezahlt worden sei. Kläger behauptet nämlich, dass er à conto dieses Heiratsgutes erst den Theilbetrag per 80 fl. erhalten habe, und erweist diesen Umstand durch den der Geklagten aufgetragenen negativen referiblen Haupteid. Dieser Haupteid ist nach dem klaren Wortlaute des Patentes vom 1. März 1787, JGS Nr. 636, (vergl. auch Judicatenbuch Nr. 10) zulässig und ist die Behauptung der Geklagten, dass gegen den Inhalt einer Urkunde nur ein Indicienbeweis geführt werden könne, und nur jene Umstände, auf welche sich der Indicienbeweis gründet, durch Haupteid erwiesen werden können, nicht im bestehenden Gesetze begründet, nach welchem vielmehr allerdings das contradictorische Gegentheil der Urkunde auch durch den Haupteid nachgewiesen werden kann. Es vollzieht sich hier eigentlich nur eine Umwälzung der Beweislast, indem nicht mehr der Gläubiger die Zuzählung, sondern der Schuldner die Nichtzuzählung fortan zu erweisen hat. Aber auch die Behauptung der Geklagten, dass der Absatz 3 der Ehepacten eigentlich eine Deposition des

Inhalts enthalte, dass jener Zustand geschaffen werden sollte, als wenn die Zuzählung des Heiratsgutes erfolgt wäre, entspricht zwar möglicherweise dem wirklich vorhanden gewesenen Parteienwillen; es ist möglich, dass der Betrag per 500 fl. der Helene F. schenkungsweise zugewendet werden sollte; Umstände aber, welche einen sicheren Schluss für diese Vertragsauslegung gestatten, liegen nicht vor, im Gegentheil, da Helene F. widerspricht, erst 80 fl. gezahlt zu haben (und hierin logisch die Behauptung, mehr gezahlt zu haben, gelegen ist), wird die Annahme einer derartigen Willensdisposition schon dadurch ausgeschlossen. Es war daher bezüglich des ersten Theiles des Klagebegehrens die E. vom Haupteide abhängig zu machen. Das Begehren aber, es bestehe ein Betrag von 420 fl. vom Heiratsgute nicht zu Recht (gemeint sein sollte, es sei ein Theilbetrag per 420 fl. vom Heiratsgute noch nicht ausbezahlt), ist dieses Begehren schon im ersten Theile des Erkenntnisses berücksichtigt; denn wenn die Geklagte schuldig ist anzuerkennen, dass sie erst 80 fl. gezahlt habe, so ist sie implicite auch schuldig anzuerkennen, es seien die restlichen 420 fl. noch nicht bezahlt worden; eines wird durch das andere nothwendig bedingt. Insoferne aber damit gemeint sein soll, es sei der Vertrag über die Zusicherung eines Heiratsgutes in Bezug auf diesen Theilbetrag aufgehoben, erscheint dieses Begehren und auch das Begehren um Löschung des Pfandrechtes ungerechtfertigt. Nach §§ 914, 6 und 916 ABG muss ein Vertrag so ausgelegt werden, dass die Auslegung der wahren Absicht der Contrahenten entspricht, wenn auch der Wortlaut des Vertrages hiervon abweicht und den Schein eines anderen Rechtsgeschäftes hervorruft. Wenn im Absatze 3 der Ehepacten bestätigt wird, dass Helene F. dem Valentin F. ein Heiratsgut von 500 fl. zugebracht habe, obwohl dies nicht der Fall war und Valentin F. nicht einmal zu behaupten vermag, dass diesem Zugeständnisse ein Irrthum zu Grunde lag, so konnte der wahre Sinn dieser Vertragsbestimmung, nur darin gelegen gewesen sein, dass Helene F. sich verpflichtete, ihrem Ehegatten ein Heiratsgut von 500 fl. zuzuzählen, und dass in der Voraussetzung der demnächstigen Erfüllung dieses Versprechens oder vielleicht auch, weil man die Pfandbestellung nur unter dieser Bedingung als rechtlich möglich hielt, die erfolgte Zuzählung anticipando bestätigt wurde. Auch Dasjenige wird gemäss § 1218 ABG unter Heiratsgut verstanden, was von der Ehegattin oder für dieselbe von einem tertius dem Manne „zugesichert" wird. Hier besteht also das Heiratsgut nicht in baarem Gelde, sondern in einer Forderung des Ehegatten gegen die Ehegattin oder den tertius aus dem obligatorischen Versprechen. Wenn weiters in dem zweiten Alinea des Absatzes 3 für dieses erst zuzuzählende Heiratsgut das Pfandrecht auf ein Reale bestellt wird, so ist dies eine freiwillige Disposition rücksichlich der gleich anfänglichen Sicherstellung des Heiratsgutes im Sinne des § 1245 ABG, welche aber auch gemäss

§ 14 GBG rechtlich zulässig erscheint. Es ist kein Zweifel, dass die Ehegattin dem Ehemanne durch Zusicherung eines Heiratsgutes einen Credit einräumt, dass der Ehegatte, der die Zuzählung des Heiratsgutes gleich nach geschlossener Ehe verlangen kann (§ 1225 ABG), sogar ein Klagerecht auf Gewährung dieses Credites hat; es steht also nach § 14 GBG einer Hypothekbestellung für diese zukünftige Forderung nichts im Wege. Die Aufhebung der Ehepacten zu verlangen, steht aber dermalen, da die Ehe fortbesteht und ein Scheidungserkenntniss noch nicht herabgelangt ist, keinem Ehetheile zu; es ist also die Einwendung der Geklagten, dass Valentin F. lediglich das Recht habe, auf Erfüllung des Versprechens ein Heiratsgut von 500 fl. zuzuzählen zu dringen, begründet und muss auch das Pfandrecht für die eventuelle Forderung aufrecht erhalten bleiben. Hierdurch erscheint obiges Erkenntniss begründet.

Ueber Appellation beider Streittheile hat die II. J. unter Verwerfung der Appellation des Klägers und in Stattgebung der Appellation der Geklagten die Klage abgewiesen.

Die Revisionsbeschwerde des Klägers, insoweit damit die Stattgebung des Klagebegehrens zur Gänze begehrt wird, hat der OGH als nach § 51 des summarischen Verfahrens unzulässig zu verwerfen, über diese Beschwerde, insoweit selbe als eine ordentliche sich darstellt, dass obergerichtliche U. abzuändern und das erstrichterliche U. wieder herzustellen befunden. Diese E. stützt sich auf folgende

Gründe:

Mit Recht hat die I. J. die E. über das dahin gestellte Begehren, dass Geklagte dem Kläger von dem stipulirten Heiratsgute per 500 fl. erst 80 fl. bezahlt habe, von dem vom Revisionswerber der Geklagten aufgetragenen Haupteid darüber abhängig gemacht, da dieses Begehren bei der zwischen den Streittheilen obwaltenden Differenz und an sich zulässig ist, dasselbe mit dem zweiten Begehren, dass der Betrag von 420 fl. von diesem Heiratsgute nicht zu Recht besteht und das diesfällige Pfandrecht zu löschen sei, nicht untrennbar zusammenhängt, und dem Revisionswerber bei dem Umstande, als im Notariatsacte nur das Geständniss der Streittheile, dass das Heiratsgut entrichtet ward, und nicht auch die unter Einem erfolgte Zuzählung des stipulirten Betrages bestätigt ist, den Gegenbeweis zu führen nicht benommen ist. Ebenso ist es der Sachlage angemessen, wenn der Erstrichter das weiters gestellte oberwähnte Begehren nur für derzeit abgewiesen hat, weil kein Zweifel obwalten kann, dass bei Eintritt der diesfalls massgebenden Voraussetzungen dasselbe in zulässiger Weise gestellt werden könnte, hierzu aber keineswegs genügt, wenn, wie es in diesem Processe allein geschah, dargethan wird, rücksichtlich werden will, dass die Geklagte bisher von dem zugesagten Heiratsgute per 500 fl. lediglich einen Theilbetrag per 80 fl. bezahlt

hat, und weil, wenn dies sich wirklich so verhält, daraus zugleich erhellt, dass Revisionswerber dessen ungeachtet damit einverstanden war, dass die Einverleibung des Heiratsgutes im Betrage per 500 fl. auf seiner Realität erfolgt ist. Demzufolge wurde das erstrichterliche U. wieder hergestellt.

3035.

Die mora des Wechselacceptanten tritt erst in dem Augenblicke ein, wo ihm der gehörig legitimirte Wechselinhaber bekannt wird.

E. v. 10. December 1891, Z. 13669. — (NZ 37 ex 93, Seite 230.)

Gegen die über die Wechselklage des A erlassene Zahlungsauflage erstattete B seine Einwendungen in zweifacher Richtung: 1. weil das Darlehen, worüber der Wechsel ausgestellt wurde, keine rechtliche Giltigkeit habe, indem A dem B die eingeklagte Summe per 25 fl. blos zum Behufe des durch das Strafgesetz verbotenen Hazardkartenspieles „Färbl" vorgestreckt hat, und 2. weil, abgesehen hiervon, der in Rede stehende Wechsel dem B in seiner Wohnung zu D. S. nicht zur Zahlung vorgelegt wurde.

Der Erstrichter machte die Giltigkeit der Zahlungsauflage abhängig von der Ablegung des Haupteides über die thatsächliche Richtigkeit der Einwendung ad 1, wies jedoch die Einwendung ad 2 zurück, weil B eingestand, dass ihn A nach der Verfallzeit des Klagewechsel bei der herrschaftlichen Scheuer zu D. S. wegen der Berichtigung des Wechsels mahnte, B daher wusste, wem er die schon fällige Wechselsumme zu bezahlen habe, und eine blosse Mahnung sicherlich nicht zu jenen Wechselhandlungen gehört, welche beim Wechselschuldner selbst an dem durch Art. 91 WO bezeichneten Orte, hier in der Wohnung des Belangten, vorzunehmen sind, weil endlich die Vorlage des Wechsels zur Zahlung nur in den Fällen erforderlich ist, welche in den Artikeln 31, 41 und 43 ib. vorgesehen sind, von denen aber keiner im vorliegenden Falle platzgreift.

Ueber Appellation der B hat die II. J. die E. der I. J. im Punkte des Zuspruches der sechspercentigen Verzugszinsen der Wechselsumme vom 15. Februar 1891 bis 24. April d. J. abgeändert, hierin den Einwendungen stattgegeben, beziehungsweise die Zahlungsauflage in diesem Punkte behoben und die Klage abgewiesen, im Uebrigen aber das appellirte U. betreff der Verfällung zur Zahlung der Wechselsumme sammt 6 Percent Verzugszinsen für die Zeit vom 25. April 1891 bis zum Zahlungstage bestätigt.

Gründe:

B beschwert sich gegen das U. des Erstrichters blos aus dem einzigen Grunde, weil ihm der in Rede stehende Wechsel nicht zur Zahlung präsentirt wurde, und daher die Klage unbedingt zurückzuweisen war. Allein dieser Beschwerdegrund findet keine Stütze im Gesetze. Nach

Art. 23 WO ist dieser Wechselacceptant verpflichtet, die Wechselsumme zur Verfallzeit zu bezahlen. Allerdings liegt nun nach Art. 40 ibid. dem Wechselinhaber ob, zur Verfallzeit die Zahlung des Wechsels von dem Wechselacceptanten zu fordern, und ist der Wechselschuldner laut Art. 39 ibid. nur gegen Aushändigung des quittirten Wechsels zur Zahlung verpflichtet. Hieraus folgt, dass der Wechselkläger zur Verfallzeit des Wechsels sich bei den Belangten wegen des Erhaltes der Wechselvaluta zu melden und durch Vorlegung des Wechsels als Inhaber desselben zu legitimiren hatte. Insoferne dies nicht geschah, war der Belangte nicht zur Zahlung verpflichtet, da er nicht wissen konnte, in wessen Händen sich der Wechsel als indossables Werthpapier befinde. Jedoch in dem Augenblicke der am 24. April 1891 erfolgten Zustellung der Wechselklage gelangte B zur Kenntniss, in wessen Händen der ihm in Abschrift behändigte Wechsel sich befinde, und dass der Wechselinhaber die Bezahlung der Wechselsumme fordere, er hatte daher am 24. April d. J. zu zahlen, allerdings nur gegen Aushändigung des quittirten Wechsels. Er hat jedoch dies nicht gethan, sondern sich in den Streit eingelassen und die Wechselvaluta bis heute nicht bezahlt; denn der Erlag derselben zu Gerichtshanden kann nicht als Zahlung angesehen werden. Von diesem Momente an befindet sich also B in mora und ist zur Zahlung der Verzugszinsen vom benannten Tage an verpflichtet. Dagegen besteht an seiner Seite keine Verpflichtung zur Zahlung der sechspercentigen Verzugszinsen vom Verfallstage des Wechsels an, also dem 15. Februar 1892 bis zum 24. April d. J., weil er während dieses Zeitraumes noch nicht in mora war, indem die Mahnung des heutigen Klägers nach seiner eigenen Angabe ohne Präsentirung des Wechsels selbst erfolgte. Die Zahlnngsverpflichtung des B wird aber jedenfalls erst in dem Falle existent, wenn B den im erstrichterlichen U. sententionirten Haupteid ablegt und sohin belangend die Einwendung ad 2 obsiegt. Der seitens der I. J. erfolgte Zuspruch der Gerichtskosten war zu bestätigen, weil B nur mit einem unbedeutenden Theilbetrage der Zinsen obsiegt.

Die a. o. Revision des B verwarf der OGH, weil darin, dass die Klage nicht unbedingt in Anbetracht der eingewendeten, angeblich ganz irrelevanten Thatumstände zurückgewiesen wurde, kein Nichtigkeitsgrund erblickt werden kann, eine wahrhafte Nichtigkeit aber, welche in wesentlichen Formgebrechen der Verhandlung oder des U. bestände, B selbst nicht behauptet — eine von Amtswegen wahrzunehmende Nichtigkeit bei Prüfung der Acten jedoch nicht aufstiess — in den U. der Unterinstanzen aber auch eine offenbare Ungerechtigkeit nicht zu Tage tritt, dieselben vielmehr durch die beigeschlossenen Gründe, insbesondere des Oberrichters, völlig gerechtfertigt, und durch die Ausführungen der a. o. Revisionsbeschwerde nicht erschüttert erscheinen.

Anhang:

Die Entscheidungen des deutschen Reichsgerichtes

in Handels- und Wechselsachen.

Achter Band.

A

1892.

CLI.

Unter den Begriff der „Versicherung" im Sinne des Art. 367, Abs. 2 HGB, fällt nicht auch die Declaration des Inhaltes oder Werthes von Frachtsendungen.

E. v. 15. Jänner 1892. — (Bd. XXVIII, Seite 140.)

Die Beklagte hatte es übernommen, als Spediteur den Transport von zwei Kisten Seidenwaren mit dem Facturenwerthe von 640 beziehungsweise 1900 M. nach Leicester beziehungsweise Glasgow zu besorgen. Beide Kisten gingen auf der London-Chatam-Dover Eisenbahn verloren; auch leistete die Eisenbahn keinen Ersatz, da der Werth nicht declarirt war und nach dem massgebenden englischen Gesetze, der sogenannten common carriers act vom 23. Juli 1830, für Sendungen von Seide, deren Werth 10 £ übersteigt, Ersatz nur gewährt wird, wenn der Werth declarirt ist. Die Absender waren durch Transportversicherung gedeckt; an ihrer Stelle aber klagte die Versicherungsgesellschaft gegen den Spediteur auf Erstattung des angegebenen Werthes, sich darauf stützend, dass die Beklagte durch Unterlassung der Declaration die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes verletzt habe und daher nach Art. 380 HGB haftbar sei. Das Berufungsgericht hatte die Klage zugesprochen unter Verwerfung des Einwandes der Beklagten, dass sie mangels eines ihr ertheilten besonderen Auftrages zur Declaration, welche unter den Begriff der Versicherung im Sinne des Art. 367, Abs. 2 HGB, falle, nicht verpflichtet gewesen sei. Auf die von der Beklagten eingelegte Revision wurde das Berufungsurtheil zwar aufgehoben, die Rüge aber, dass Art. 387 HGB in Verbindung mit Art. 367, Abs. 2, verletzt sei, zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

Unbegründet erscheint die Rüge, dass das U. den Art. 387 HGB in Verbindung mit Art. 367, Abs. 2, verletze, welche Rüge darauf gestützt wird, dass die der Beklagten zugemuthete Werthdeclaration der

Sendungen bei der englischen Eisenbahn als Versicherung anzusehen und sonach mangels eines von den Absendern ertheilten Auftrages zur Versicherung die Beklagte nach den erwähnten Gesetzen zur Declarirung des Gutes nicht verpflichtet gewesen sei. Der Berufungsrichter spricht ausdrücklich aus, dass in der von dem englischen Gesetze erforderten Werthdeclarirung des Gutes und der damit verbundenen Zahlung eines höheren Frachtsatzes eine Versicherung nicht zu finden sei. Sofern dieser Ausspruch eine Auslegung des englischen Rechtes enthält, ist derselbe für die Revisions-Instanz nach § 511 CPO unanfechtbar. Immerhin kann die Behauptung der Revisionsklägerin, dass diese Declarirung im Geschäftsleben mit insurance bezeichnet wird, als notorisch gelten, wie es auch in Deutschland keineswegs ungewöhnlich ist, die mit Zahlung einer Gebühr verbundene Declaration über den Inhalt oder Werth einer Frachtsendung als Versicherung oder Assecuranz zu bezeichnen, wenn von solcher Declarirung entweder, wie im Falle des Art. 395, Abs. 2 HGB, die Haftbarkeit des Frachtführers überhaupt, oder, wie in den nach Massgabe des Art. 427 ergangenen Bestimmungen der §§ 68—70 des Betriebsreglements für die Eisenbahnen Deutschlands, die Höhe des im Falle Verlustes oder Beschädigung eintretenden Schadenersatzes abhängt. So wird auch in den Gesetzen über das Posttaxwesen vom 28. October 1871 und 17. Mai 1873 die Gebühr, gegen welche von der Postverwaltung die Garantie für Werthsendungen übernommen wird, als Versicherungsgebühr bezeichnet, während das Gesetz über das Postwesen vom 28. October 1871 in den §§ 6 flg. von der Garantie der Postverwaltung, nicht von Uebernahme einer Versicherung redet. Es bleibt deshalb zu prüfen, ob der Art. 367, Abs. 2, das Wort „Versicherung“ in einem Sinne gebraucht, welcher die erwähnten besonderen Gestaltungen beziehungsweise Nebenabreden des Frachtvertrages mit umfasst, oder in dem engeren Sinne, welchen die Rechtswissenschaft mit dem Worte Versicherungsvertrag verbindet. In letzterem Sinne gehören hierher nur diejenigen Verträge, durch welche die Parteien als einzigen Zweck und Inhalt die Uebernahme einer fremden Vermögensgefahr durch die eine Partei gegen ein von der anderen zu leistendes Entgelt vereinbaren. Es darf nun von vornherein angenommen werden, dass der Gesetzgeber in Art. 367, Abs. 2, jenes Wort in einem Sinne brauchen wollte, welcher eine bestimmte Abgrenzung der hier dem Commissionär abgenommenen Pflicht gegenüber den demselben im Allgemeinen obliegenden Pflichten bei Behandlung des Commissionsgutes zulässt. Für die letzteren ist der Art. 361 massgebend, und in diese allgemeine Regel greift der Art. 367, Abs. 2, ein, indem er einen einzelnen Punkt besonders klar stellt; nur dann also, wenn diese letztere Vorschrift einem festen Begriffe entspricht, nicht auch dann, wenn ihre Anwendung von dem unklaren und willkürlichen Sprachgebrauche des geschäftlichen Lebens abhängig gemacht wird, erfüllt sie ihren Zweck. Dahin führt auch die Entstehungs-

geschichte jener Vorschrift. Erst bei der ersten Lesung des preussischen Entwurfes (Art. 282) wurde es zur Beseitigung bestehender Zweifel für wünschenswerth erachtet, (in Art. 310) folgende Bestimmung aufzunehmen:

Zur Versicherung des Gutes gegen Feuersgefahr ist er soweit berechtigt und verpflichtet, als ordentliche Kaufleute unter den obwaltenden Umständen in ihren eigenen Geschäften Versicherung zu nehmen pflegen.

Bei der zweiten Lesung wurde in Folge einer Ausführung, wonach, wenn man etwas Genügendes bestimmen und Streitigkeiten abschneiden wolle, man entweder die Versicherung für alle Fälle vorschreiben oder dem Commissionär nur im Falle besonderen Auftrages die Pflicht zur Versicherung auferlegen müsse, ein der jetzigen Fassung des Art. 367, Abs. 2, nahe kommender Antrag gestellt. Es war hierbei die Streichung der Worte „gegen Feuersgefahr“ damit begründet worden, dass in dieser Fassung die Vorschrift, namentlich auch bezüglich der Seeversicherung, der Auffassung des Handelsstandes entspreche, und auf den Einwand des Hamburger Abgeordneten, die Seeversicherung gehöre nicht hieher oder solle ausdrücklich ausgeschlossen werden, wurde entgegnet, es handle sich nicht allein um die beiden Arten: Seeversicherung und Versicherung gegen Feuersgefahr, sondern auch um andere Assecuranzen, z. B. gegen die Ueberschwemmung der Lagerräume (Protocolle S. 696, 1191). Ist bei diesen Verhandlungen auch der Begriff der Versicherung nicht einer Erörterung unterzogen worden, so gehören doch die namentlich erwähnten Arten der Versicherung, d. h. die ursprünglich allein in Betracht gezogene Feuerversicherung, die Seeversicherung und die Versicherung gegen Ueberschwemmung, sämmtlich in das Gebiet der Versicherung im engeren und eigentlichen Sinne. Ihnen reiht sich ohne Zweifel die für den als Spediteur thätigen Commissionär hauptsächlich in Betracht kommende Transportversicherung an, und es muss anerkannt werden, dass mit derselben die obengedachten Clauseln und Nebenabreden des Frachtvertrages den wirthschaftlichen Zweck, Sicherung gegen Verlust, gemein haben; allein diese sind doch immer nur Theile oder Zubehör eines anderen Vertrages, des Frachtvertrages, und werden regelmässig mit Unternehmern vereinbart, welche die Gefahr nur deswegen übernehmen, weil ihnen der Transport übertragen ist, und welche im Uebrigen mit der Uebernahme von Transportversicherung sich nicht abgeben. Als juristischer Unterschied zwischen der eigentlichen Transportversicherung und der Werthdeclaration beim Frachtvertrage verdient noch hervorgehoben zu werden, dass, während die Transportversicherung im Allgemeinen auch den Untergang durch höhere Gewalt begreift, der Frachtführer auch dann, wenn der Frachtvertrag mit Werthsdeclaration abgeschlossen ist, unter der gewöhnlichen für den Frachtvertrag geltenden Regel der Art. 395, 607 HGB, § 6 IIb des Postgesetzes vom 28. October 1871 steht, wonach er für den durch

Verlust oder Beschädigung des Frachtgutes entstandenen Schaden nicht haftet, wenn er beweist, dass derselbe durch höhere Gewalt entstanden sei.

Nach alledem muss angenommen werden, dass der Art. 367, Abs. 2, sich nur auf Versicherungen im eigentlichen Sinne bezieht, und dass daher bezüglich der Frage, ob der Spediteur sich durch Unterlassen der Declaration von Frachtgut verantwortlich macht, lediglich die allgemeinen Vorschriften der Art. 380, 387, 361 HGB massgebend sind.

CLII.

Auch in dem Falle, wenn der zur Vertretung einer offenen Handelsgesellschaft befugte Gesellschafter die Firma der Gesellschaft unrichtig unterzeichnet hat, kann angenommen werden, dass nach dem Willen der Contrahenten eine Verbindlichkeit für die offene Handelsgesellschaft übernommen worden ist.

E. v. 23. Jänner 1892. — (Bd. XXVIII, Seite 118.)

Am 3. October 1884 wurde in H. eine offene Handelsgesellschaft unter der Firma B. & M. gegründet und im Gesellschaftsregister eingetragen. Deren Inhaber waren bis zum 30. October 1889 F. B. und H. Th. M. An diesem Tage ist der erstere ausgetreten. Seitdem ist das Geschäft von M. als alleinigem Inhaber der Firma fortgeführt worden. Die Klägerin begehrt die Verurtheilung der Firma B. & M. zur Bezahlung von 5142·68 M. nebst 6 Percent Zinsen vom 26. September 1890 solidarisch mit drei anderen Beklagten.

Die Klage wird auf folgende Thatsachen gegründet: F. C. W. beantragte bei der Klägerin einen Girocredit von 5000 M. und bezeichnete als Bürgen: F. B., Kaufmann; W. R., Krankenwärter; L. D., Lohndiener. Der Credit ist gewährt und die Bürgschaftsurkunde ist neben D. und R. von B. mit F. B. & M. unterzeichnet worden. Dies soll, wie die Klägerin behauptet, damit zusammenhängen, dass vor der Unterschrift auf Veranlassung eines ihrer Directoren von F. B. verlangt worden ist, er solle die Firma zeichnen.

Der jetzige Inhaber der beklagten Firma bestreitet, dass B. die Gesellschaft verpflichtet habe.

Der erste Richter hat die E. von einem richterlichen Eide des Inhabers der verklagten Firma dahin abhängig gemacht, dass er nach sorgfältiger Prüfung und Erkundigung die Ueberzeugung nicht erlangt habe, dass sein früherer Gesellschafter, als er die Urkunde mit F. B. & M. unterzeichnete, dadurch die Firma „B. & M.“ habe verpflichten wollen. Auf die Berufung der Klägerin hat der Berufungsrichter das U. abgeändert und die beklagte Firma unbedingt nach dem Klageantrage verurtheilt.

Die Revision des Beklagten ist zurückgewiesen worden aus nachfolgenden

Gründen:

Die Grundlage der Revisionsangriffe ist der Vorwurf, dass im Berufungsurtheile nur die zwei Möglichkeiten einander gegenübergestellt seien, dass F. B. entweder nur für seine Person oder dass er für die Gesellschaft, deren Theilhaber er war, die Bürgschaft übernehmen wollte und übernommen habe, dass dagegen der dritte Fall nicht in Betracht gezogen worden sei, dass F. B. eine Firma „F. B. & M." verpflichtet habe, gleichgiltig, ob eine solche bestanden habe oder nicht. Dieser Revisionsangriff ist aber deshalb verfehlt, weil die Beklagte eine solche dritte Möglichkeit niemals geltend gemacht hat und hierüber nicht verhandelt worden ist, sondern ausschliesslich darüber, ob B. nur seine Person oder die Gesellschaft „B. & M.", also sich und seinen damaligen Gesellschafter, verpflichtet habe. Demnach hatte das Berufungsgericht nur die so begrenzte streitige Frage zu entscheiden. Die getroffene E. beruht aber, da ein Formalact wie etwa eine Wechselzeichnung nicht vorliegt, auf einer völlig zutreffenden Auslegung des Art. 114 HGB.

Da unbestritten F. B. zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigt war, kann es nur darauf ankommen, ob die Umstände ergeben, dass die Klägerin die Verpflichtung der Gesellschaft und dementsprechend B. die Uebernahme der Bürgschaft für dieselbe gewollt habe. Das erstere, dass die Klägerin die Verbürgung der Gesellschaft verlangt habe, bestreitet die Beklagte nicht, sie hat nach dem Thatbestande zum erstinstanzlichen U., auf welchen im Berufungsurtheile Bezug genommen wird, nur behauptet, B. habe die Volksbank durch scheinbares Eingehen auf deren Verlangen hintergehen wollen. Sollte es nun auch ursprünglich Absicht des B. gewesen sein, nur sich selbst zu verpflichten, so könnte dieser Wille doch nicht mehr entscheidend sein, wenn er auf das ihm kund gewordene Verlangen der Klägerin für die Gesellschaft contrahirt hätte. Dass aber B. dem Ansinnen der Klägerin nachgegeben hat und für die Gesellschaft die Bürgschaft eingegangen ist, folgert das Berufungsgericht ohne Rechtsirrthum aus der Unterzeichnung beider Namen. Dabei ist es unerheblich, dass „F. B. & M." mit der Firma „B. & M." nicht identisch ist, denn die Verpflichtung der Gesellschaft war nicht von der Zeichnung ihrer Firma, sondern von dem Willen des zu ihrer Vertretung befugten Gesellschafters, für sie zu contrahiren, bedingt, und dieser Wille konnte auch dann als ausgedrückt gelten, wenn B. nur mit seinem Namen unterschrieben hätte.

Es kommt hiernach nicht darauf an, ob die von B. vollzogene Unterschrift als wirkliche Zeichnung der Firma zu gelten habe, vielmehr genügt die Folgerung, dass er durch die Unterzeichnung beider Namen dem Willen, nicht blos sich, sondern die Gesellschaft zu verpflichten, Ausdruck gegeben, dass jedenfalls diese Art der Unterschrift seitens des B. einen Verpflich-

tungswillen desselben zur Erscheinung gebracht habe, welcher mit einer etwaigen Absicht, nur für seine Person die Bürgschaft zu übernehmen, unvereinbar ist . . .

CLIII.

Zur Wahrung des Wechselrechtes gegen den Acceptanten ist kein Protest mangels Zahlung beim Domiciliaten erforderlich, wenn der Domicilvermerk erst nach der Annahme, ohne Wissen des Acceptanten, auf den Wechsel gesetzt worden ist.

E. v. 3. Februar 1892. — (Bd. XXVIII, S. 121.)

Beklagter ist als Acceptant eines Wechsels in Anspruch genommen, der unter dem Namen des Trassaten den Vermerk trägt „Zahlbar bei der Filiale der Anglo-Deutschen Bank in Ottensen“. Der Wechsel ist rechtzeitig im Geschäftslocale der gedachten Filiale mangels Zahlung protestirt und vom Kläger im Wege des Rücklaufes eingelöst worden. Der Beklagte wendet ein, dass der Protest ungiltig sei. Er wurde aber durch das Berufungsurtheil zur Zahlung der Wechselsumme nebst Zinsen unter Abweisung der geforderten Protestkosten und Provision verurtheilt. Seine Revision ist zurückgewiesen worden aus nachfolgenden

Gründen:

Das Berufungsurtheil erachtet den mit der Klage vorgelegten Protest für ungiltig, hält indess den Protest im vorliegenden Falle für entbehrlich auf Grund der vom Kläger durch Replik geltend gemachten, vom Beklagten zugestandenen Thatsache, dass der Domicilvermerk sich zur Zeit des Acceptes noch nicht auf dem Wechsel befunden habe, sondern erst später, und zwar ohne Wissen des Beklagten, auf denselben gesetzt worden ist. Auf die bestrittene Behauptung des Klägers, dass der Wechsel erst nach dem Giro des Ausstellers mit dem Domicilvermerke versehen worden, und dass dies nicht blos ohne Wissen, sondern auch gegen den Willen des Beklagten geschehen sei, ist kein Gewicht gelegt worden; ebensowenig auf die im Processe vom Beklagten abgegebene Erklärung, dass er jetzt die Domicilirung ausdrücklich genehmige.

Der von der Revision gegen diese E. erhobene Angriff ist unbegründet. Die Ausführung, dass der Protest nicht deswegen als entbehrlich zu betrachten sei, weil der Wechselinhaber oder der spätere Wechselkläger angenommen habe, der Domicilvermerk sei ohne Wissen und Willen des Acceptanten auf den Wechsel gesetzt worden, trifft nicht zu. Die Thatsache, dass der Wechsel zur Zeit der Annahme noch keinen Domicilvermerk trug und erst nachträglich ohne Wissen des Acceptanten mit demselben versehen worden ist, steht fest. Dem Beklagten gegenüber ist demnach der Klagewechsel überhaupt kein Domicilwechsel; Beklagter haftet

aus seinem Accepte nach Massgabe der Art. 21, 23 WO. Durch die nachträgliche Domicilirung wird der Zahlungsort für ihn nicht geändert, und der Mangel eines giltigen Protestes gegen die angebliche Domiciliatin hat daher auch nicht die im Art. 43 vorgesehene Folge der Befreiung des Acceptanten. Zuzustimmen ist dem Berufungsrichter auch darin, dass ein blos innerlich gebliebenes Einverständniss des Beklagten mit der Domicilirung bedeutungslos ist, sowie dass die im gegenwärtigen Processe erklärte Genehmigung des Domicilvermerkes die Verpflichtung des Beklagten aus dem Accepte nicht zu beseitigen oder abzuändern vermag . . . Ob der vom Kläger vorgelegte Protest mit Recht für ungiltig erachtet worden ist, kann hiernach dahingestellt bleiben.

CLIV.

1. Die Mitglieder einer offenen Handelsgesellschaft können diese rechtswirksam fortsetzen, nachdem das über das Vermögen der Gesellschaft eröffnete Concursverfahren durch Zwangsvergleich beendigt worden ist.

2. Die Gläubiger der in Concurs gerathenen Gesellschaft verlieren nicht ihre Forderungen an das Vermögen derselben dadurch, dass nach Abschluss des Zwangsvergleiches die Gesellschafter die Löschung der bestehenden Gesellschaft und die Errichtung einer neuen unter der bisherigen Firma zum Handelsregister eintragen lassen.

E. v. 13. Februar 1892. — (Bd. XXVIII, S. 130.)

Im Jahre 1878 veräusserte der Kläger sein Handelsgeschäft an die Kaufleute Max N. und Josef B., welche solches unter der Firma H. B. Nachfolger weiter führten und im Gesellschaftsregister als Inhaber dieser Firma eingetragen wurden. Etwa zwei Jahre darauf gab ihnen der Kläger ein zu 5 Percent verzinsliches Darlehen von 15.000 M. Im Jahre 1884 wurde über das Vermögen der Firma der Concurs eröffnet und durch einen Zwangsausgleich beendigt, nach welchem die Gläubiger 55 Percent ihrer Forderungen erhielten. Das Geschäft wurde unter unveränderter Firma fortgeführt. Bei diesem Concurse hatte der Kläger seine Forderung nicht angemeldet. Nach Eröffnung des Concursverfahrens war gemäss Verfügung vom 19. Mai 1884 am nämlichen Tage ein darauf bezüglicher Vermerk eingetragen worden, ohne dass die Handelsgesellschaft selbst im Register gelöscht wurde, der Vermerk über die Concurseröffnung nach Beendigung des Concurses in Folge Verfügung vom 25. August 1884 aber durch Unterstreichen mit rother Tinte gelöscht worden. Erst im Jahre 1886 wurde die Löschung der Gesellschaft im Handelsregister nachträglich angeordnet, und da die Kaufleute N. und B. unter der bisherigen Firma weiter Handelsgeschäfte betrieben, wurden dieselben aufgefordert, die Firma von neuem anzumelden. Die Anmeldung geschah,

und die Eintragung der neuen Firma: Handelgesellschaft H. B. Nachfolger zu Crossen erfolgte im Gesellschaftsregister.

Im Jahre 1889 wurde über das Vermögen dieser Gesellschaft das Concursverfahren eröffnet. Der Kläger hat jetzt von seiner Darlehensforderung einschliesslich rückständiger Zinsen die Accordrate mit 5023·09 Mark mit dem Zusatze angemeldet: „Am 14. October 1880 verpfändeten mir die Kaufleute M. N. und J. B. zwei Hypotheken für 15.000 M.“ Weil der Concursverwalter die Forderung bestritt, wurde Klage mit dem Antrage erhoben, die Forderung für festgestellt zu erklären. Der Verwalter hat Abweisung beantragt. Er wendete ein, das Darlehen sei nicht der Firma, sondern den Gesellschaftern für ihre Personen zu Privatzwecken gegeben worden; auch sei die Forderung des Klägers dadurch erloschen, dass ihm in der Folge zwei für dasselbe verpfändete Hypotheken in Höhe von 9000 M. und 6905 M. an Zahlungsstatt cedirt worden seien.

Das Landgericht wies die Klage ab, und die vom Kläger eingelegte Berufung wurde zurückgewiesen, weil in Folge der oben erwähnten Einträge in das Gesellschaftsregister die in Concurs verfallene Handelsgesellschaft eine andere als die früher bestandene und daher nicht passiv legitimirt sei.

Auf die vom Kläger eingelegte Revision ist das U. aufgehoben worden aus nachfolgenden

Gründen:

Dem Berufungsgerichte ist darin beizutreten, dass durch die Auflösung der offenen Handelsgesellschaft zunächst nur deren productive Seite aufgehoben wird, im übrigen aber die Gesellschaft bis zur Vertheilung ihres Vermögens nach Tilgung ihrer Schulden erhalten bleibt. Soweit besteht die offene Handelsgesellschaft auch nach Eröffnung des Concursverfahrens fort, wenngleich das Verwaltungs- und Verfügungsrecht über ihr Vermögen vom Verwalter der CM ausgeübt wird. Ein Zwangsvergleich wird nicht blos mit den Gesellschaftern, sondern mit der Gesellschaft abgeschlossen, denn der § 200 CO erfordert die Mitwirkung der Gesellschafter aus besonderen Gründen und vorzugsweise in deren Interesse. Es würde nun in den meisten Fällen dem Zwecke, zu welchem der Vergleich abgeschlossen worden ist, und sowohl dem Interesse der Gesellschafter als auch der Gesellschaftsgläubiger widersprechen, wenn des Vergleiches ungeachtet die Fortsetzung der bisherigen Gesellschaft als solcher durch die Gesellschafter für unzulässig erklärt, die Gesellschaft vielmehr als aufgelöst betrachtet würde und an Stelle des Concursverfahrens nunmehr gemäss Art. 133 HGB die Liquidation treten müsste. Ist auch als Zweck des Vergleiches denkbar, durch umsichtige Liquidation eine vortheilhaftere Verwerthung des Gesellschaftsvermögens zu erreichen als solche im Concursverfahren erzielt werden könnte, so wird doch in den meisten Fällen die Rücksicht vorwalten, die ungestörte Fortsetzung

der Gesellschaft und damit den Gesellschaftern die Möglichkeit weiteren Erwerbes zu erhalten. Aber abgesehen von dem Zwecke des Zwangsvergleiches wäre es ein Widerspruch, wenn einerseits mit der im Concurse befindlichen Gesellschaft und den Gesellschaftern ein Zwangsvergleich abgeschlossen, anderseits aber die Fortsetzung der bisherigen Gesellschaft für unstatthaft erklärt würde, und folgeweise das Vermögenssubject, welchem das Vermögen wieder zur freien Verfügung überlassen worden ist (§ 177 CO), und welches neben den Gesellschaftern die Verbindlichkeit zur Bezahlung der Accordsumme eingegangen ist, gegen welches auch die Zwangsvollstreckung gemäss § 179 CO zu richten ist, des Vergleiches ungeachtet für aufgelöst zu gelten hätte. In Bezug auf die Frage, ob die bestandene offene Handelsgesellschaft fortgesetzt werden könne, ist es unwesentlich, ob die Aufhebung des Concurses in Folge Zwangsvergleiches oder der Einstellung des Verfahrens (§§ 188 flg. CO) der Aufhebung des Eröffnungsbeschlusses (§ 101 CO) hinsichtlich der Wirkungen schlechthin gleichgestellt werden kann, ob also auch in jenen Fällen das Concursverfahren nur als ein provisorisches anzusehen sei und der Eröffnungsbeschluss seine Wirkung verliere. Wenn nämlich auch zugegeben werden müsste, dass die bis zur Rechtskraft des Zwangsvergleiches vom Verwalter der CM getroffenen Verfügungen wirksam bleiben, der Vergleich also insofern nicht zurückwirke, so würde dies doch nicht die Befugniss der Gesellschafter zur Fortsetzung der bisherigen Gesellschaft, soweit dies unbeschadet der Verfügungen des Concursverwalters möglich ist, ausschliessen. Unter allen Umständen aber ist die thatsächlich fortgesetzte Gesellschaft den seitherigen, zur Zeit des Zwangsvergleiches vorhandenen Gläubigern nach Massgabe des Vergleiches verhaftet.

Im vorliegenden Falle steht nun fest, dass die Gesellschafter Max N. und Jos. B. nach Beendigung des im Jahre 1884 eröffneten Concurses durch Zwangsvergleich die Gesellschaft thatsächlich fortgesetzt haben, und es entbehrt nach dem vorstehend Ausgeführten die Verfügung des Amtsgerichtes vom 2. März 1886, wodurch zur Löschung der Gesellschaft aufgefordert wurde, der gesetzlichen Grundlage. Wenn dessen ungeachtet die Gesellschafter der Aufforderung nachgekommen sind und am 18. April 1880 die seitherige Firma für eine neue Gesellschaft zum Eintrage gebracht haben, so darf aus diesen Vorgängen doch nicht mit dem Berufsgerichte der Schluss gezogen werden, dass nunmehr die alte Gesellschaft erloschen sei und jedes rechtliche Band zwischen dem Kläger und dem in Concurs gerathenen Vermögen der neuen Gesellschaft fehle. Dieser Schluss, mit welchem das Gericht zur Klagabweisung gelangte, ist rechtlich unmöglich; er würde den Gesellschaftern den Ausweg eröffnen, das Gesellschaftsvermögen ohne weiters dadurch von den Schulden zu entlasten, dass zum Gesellschaftsregister die Auflösung der Gesellschaft

und die Errichtung einer neuen Gesellschaft unter der alten Firma angemeldet wird. Was für den Fall der Auflösung in Folge der Eröffnung des Concurses für zulässig und gegen die Gläubiger wirksam erachtet wird, müsste auch für andere Auflösungsgründe, als insbesondere auch für den Fall Geltung haben, wenn die Gesellschaft durch gegenseitige Uebereinkunft aufgelöst worden, und diese Auflösung und sodann die Errichtung einer neuen Gesellschaft zum Gesellschaftsregister eingetragen worden ist. Dass durch solches Vorgehen die Gesellschafter von ihrer persönlichen Haftbarkeit nicht befreit werden, bietet den Gläubigern der Gesellschaft keinen Ersatz dafür, dass ihnen die Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen ohne Concurrenz der Privatgläubiger der Gesellschafter (Art. 119 HGB) entzogen werden soll. Selbst dann, wenn die Ansicht des Amtsgerichtes, dass die Gesellschaft aufgelöst geblieben sei und ungeachtet des Zwangsvergleiches nicht habe fortgesetzt werden können, für zutreffend zu erachten wäre, so durfte doch nicht übersehen werden, dass eine Liquidation (Art. 133 HGB) einzutreten hatte, durch welche die Rechte der Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft gewahrt worden wären, dass es aber nicht anging, ohne Liquidation, blos durch Eintragungen zum Gesellschaftsregister nicht nur die Gesellschaft, sondern auch die Forderungen ihrer Gläubiger an das Gellschaftsvermögen zu löschen. Ob der Kläger bei dem im Jahre 1884 eröffneten Concurse angemeldet und einen vollstreckbaren Titel im Sinne des § 179 CO erlangt habe, ist rechtlich unerheblich. Denn, wenn er Gläubiger war, so hatte er auch ohne Anmeldung einen wenn auch nicht sofort vollstreckbaren Anspruch nach Massgabe des Zwangsvergleiches (§ 178 CO) und hätte diesen im Liquidationsverfahren zur Geltung bringen können.

Einer besonderen, der jetzigen Klage vorhergehenden Anfechtung der Einträge zum Gesellschaftsregister bedurfte es nicht, denn durch die Einträge wurden keine Rechtsverhältnisse geschaffen, und das rechtsirrthümliche Verfahren des Amtsrichters, zu welchem die Gesellschafter mitgewirkt haben, kann keine E. dahin rechtfertigen, dass die Gesellschafter ohne Liquidation durch Erklärung der Löschung und Errichtung einer neuen Gesellschaft die bestandene Gesellschaft mit Wirkung gegen deren Gläubiger haben auflösen können.

CLV.

Dem einzelnen Actionär steht nach beendeter Liquidation der Actiengesellschaft gegen die früheren Liquidatoren ein Anspruch auf Schadensersatz aus böswillig ausgeführter Liquidation des Gesellschaftsvermögens nicht unbedingt zu.

E. v. 13. Februar 1892. — (Bd. XXIX, Seite 3.)*

Die 1882 gegründete Actiengesellschaft Glashütte M. liquidirte auf Beschluss der Generalversammlung der Actionäre im Juni 1883. Die

Liquidation wurde durch Beschluss der Generalversammlung im März 1888 beendet und den Liquidatoren Decharge ertheilt. Die Liquidation hat mit dem Verluste des gesammten Actiencapitals geendet. Der Kläger, welcher von Anfang an Actionär der Gesellschaft gewesen ist, hat im Juli 1890 gegen die früheren Liquidatoren auf Ersatz seines Verlustes am Actiencapitale mit der Behauptung geklagt, dass der Verlust geflissentlich dadurch herbeigeführt worden sei, dass die Liquidatoren arglistig und planmässig zu eigenem Vortheile und zur Schädigung der Gesellschaft und des Klägers unter der Form der Liquidation das ganze Gesellschaftsvermögen in die Hände des Beklagten V. gebracht, sich solchergestalt bereichert und dies dadurch ermöglicht haben, dass sie die Actien, die sie nicht selbst besessen, angekauft und die sonstigen Actionäre mit alleiniger Ausnahme des Klägers und eines anderen Actionärs bestochen haben.

Der erste Richter hat die Klage als unzulässig nach Art. 223 HGB abgewiesen und der Berufungsrichter die dagegen eingelegte Berufung zurückgewiesen. Die Revision ist zurückgewiesen aus nachfolgenden

Gründen:

Der Berufungsrichter weist die Klage in wesentlicher Uebereinstimmung mit dem ersten Richter ab, weil der Kläger als Einzelactionär zur Actiengesellschaft und zu ihren Organen, dem Vorstande, dem Aufsichtsrathe und den Liquidatoren in keinem rechtlichen Verhältnisse, sondern wie ein Dritter stehe. Die Liquidatoren seien deshalb aus ihrer Geschäftsführung nur der Gesellschaft verantwortlich. Ein Anspruch auf Schadenersatz aus der Geschäftsführung könne dem Einzelactionär nicht zustehen. Diese Auffassung des Gesetzgebers sei durch den Art. 223 HGB ausgedrückt. Neben der Klage aus Art. 223 bestehe ein Anspruch des Einzelactionärs selbst aus absichtlicher, arglistiger, auf Schädigung der Gesellschaft und eigene Bereicherung gerichteter Handlungsweise der Liquidatoren nicht. Das Delict bestehe auch in solchem Falle in der Verletzung der Pflicht gegen die Gesellschaft und wirke deshalb nothwendig auch nur für die Gesellschaft einen Anspruch, nicht für den als Dritten geltenden Actionär. Daran werde auch dadurch nichts geändert, dass vorliegend die Gesellschaft durch die beendete Liquidation aufgelöst sei. Dadurch sei der Anspruch der Gesellschaft nicht Anspruch des einzelnen Actionärs geworden, zumal hier den Liquidatoren durch formell giltigen Generalversammlungsbeschluss Decharge ertheilt sei, und schon vorher in der Generalversammlung vom 16. October 1885 durch giltigen, nicht angefochtenen Beschluss das Verfahren der Liquidatoren nebst den vorgenommenen Veräusserungen gebilligt, der Antrag, sie zur Verantwortung zu ziehen, abgelehnt sei.

Ein gegen die Person des Klägers als Einzelactionärs gerichtetes arglistiges Verhalten liege nicht vor und würde, selbst wenn dies der

Fall wäre, die Klage nicht begründen, da es für den Dritten (den Actionär) daraus, dass durch das arglistige Verhalten eines Contrahenten (des Liquidators) gegen seinen Mitcontrahenten (die Gesellschaft), das Vermögen dieses (der Gesellschaft) und er selbst durch diese Vemögensbeschädigung mittelbar selbst geschädigt sei, einen Anspruch nicht gebe.

Diesen Ausführungen . . . würden wesentliche rechtliche Bedenken entgegenstehen, wenn der Thatbestand vorläge, von dem die Revision ausgeht, wenn nämlich die Klagebehauptungen dahin aufzufassen wären, dass sich erst nach beendeter Liquidation und dem dadurch eingetretenen thatsächlichen und rechtlichen Aufhören des Bestandes der Actiengesellschaft ein Sachverhalt herausgestellt hätte, aus welchem die Liquidatoren der Actiengesellschaft zum Schadenersatze verpflichtet sein würden, wenn die Gesellschaft noch bestände. Die nicht mehr bestehende Actiengesellschaft könnte den Anspruch auf Schadenersatz nicht mehr geltend machen. Dass damit auch der Schadenersatzanspruch des Einzelactionärs der früheren Actiengesellschaft beseitigt, seine Geltendmachung unmöglich gemacht wäre, würde nicht zu begründen sein. Der Art. 223 HGB trifft diesen Fall nicht. Er ordnet das Rechtsverhältniss des Einzelactionärs innerhalb der bestehenden Gemeinschaft, ebenso wie Art. 222 a und Art. 213 d HGB. Er beruht darauf, dass der einzelne Actionär, wenn er auch nach Art. 216, Abs. 1 HGB, einen verhältnissmässigen Antheil an dem Vermögen der Gesellschaft hat, doch während der bestehenden Gemeinschaft nicht Miteigenthümer des Gesellschaftsvermögens ist, dass das Gesellschaftsvermögen etwas Anderes ist als die Summe der Antheile der Actionäre und die Gesellschaft etwas Anderes als die Vielheit der Actionäre. Während der bestehenden Gemeinschaft tritt der Antheil des Actionärs am Gesellschaftsvermögen als solchem zurück. Das Antheilsrecht erschöpft sich in dem obligatorischen Anspruche auf den Antheil am Reingewinne und der Bethätigung des Stimmrechtes in der Generalversammlung. Der Einzelactionär steht während der Gemeinschaft, und solche existirt rechtlich auch während des Liquidationszustandes, zum Vorstande, Aufsichtsrathe und zu den Liquidatoren, welche nach Art. 244 a, Abs. 2 HGB, die Rechte und die Pflichten des Vorstandes haben, nicht in rechtlicher Beziehung; solche besteht nur zwischen den Liquidatoren und der Gesellschaft. Die Motive zu Art. 223 erwägen:

. . . Es können dadurch, dass die Gesellschaft selbst die Verfolgung der ihr zustehenden Ansprüche gegen die bezeichneten Personen (Vorstand, Aufsichtsrathsmitglieder, Liquidatoren) ablehnt, mittelbar die Interessen des einzelnen Actionärs geschädigt werden, insofern der Werth seines Antheilsrechtes sich mindert, wenn der der Gesellschaft zugefügte Schaden unersetzt bleibt. Man hat deshalb vielfach geglaubt, dass dem einzelnen Actionär eine selbstständige Klage zustehen müsse, soweit sein Interesse reicht — oder . . . so, dass die Ersatzleistung zur Gesellschafts-

casse zu erfolgen habe . . . Dieser Ansicht schliesst sich der Entwurf nicht an. Ein Individualrecht für jeden einzelnen Actionär zu gewähren, liesse sich nicht rechtfertigen. Es handelt sich hier nicht darum, ob eine Willenserklärung der Gesellschaft giltig oder ungiltig, sondern darum, ob trotz einer giltigen Willenserklärung der Gesellschaft jeder einzelne Actionär berechtigt sein soll, einen entgegengesetzten Willen als den der Gesellschaft geltend zu machen. Es gibt aber nur Einen Willen der Geschaft. Wollte man sich darüber hinwegsetzen, so stände dem Individualrechte des einen Actionärs das gleiche Recht aller anderen Actionäre gegenüber, . . . und jeder Actionär würde sowohl nach der Art wie nach dem Umfange den Anspruch in der verschiedensten Weise als dem Interesse und Willen der Gesellschaft entsprechend geltend machen können. Das wäre weder sachlich noch processual durchführbar; es eröffnete eine völlige Anarchie, gefährdete den Halt der Organisation, die Thätigkeit der Gesellschaftsorgane und leistete Erpressungen aller Art Vorschub. Sicher kann nicht erwartet werden, dass tüchtige Geschäftsleute die Stellung von Mitgliedern des Vorstandes etc. übernehmen, wenn sie gewärtigen müssten, wegen ihrer Verwaltungsacte von jedem der zahlreichen Actionäre, dessen Auffassung über Das, was der Gesellschaft zum Schaden gereicht, von der Generalversammlung abweicht, mit Klage bedroht oder belangt zu werden. . . .

Die Motive erwägen sodann, dass, wenn die E. über die Verfolgung eines Anspruches der Gesellschaft ausschliesslich und endgiltig in die Macht der Generalversammlung gelegt würde, leicht eine Collusion zu Gunsten einzelner und eine Schädigung der Gesellschaftsinteressen stattfinden könne. Dem trägt der Entwurf und der daraus hervorgegangene Art. 223 HGB dadurch Rechnung, dass er die Verfolgung der Ansprüche der Gesellschaft gegen den Beschluss der Mehrheit auf Verlangen einer Minderheit eintreten lässt, deren Antheile den fünften Theil des Grundcapitals ausmachen. Durch das Verlangen der Minderheit wird das Verfolgungsrecht der Gesellschaft erhalten und durch die in der gesetzlichen Frist erhobene Klage das Verfolgungsrecht der Gesellschaft ausgeübt.

Der Art. 223 setzt danach voraus: a) bestehende Gemeinschaft; b) dass innerhalb derselben gegen die Liquidatoren aus deren Geschäftsführung ein Anspruch der Gesellschaft entstanden ist; c) dass die Mehrheit der Actionäre den Anspruch kennt, aber nicht verfolgen will, weil sie ihn nicht für begründet oder nicht für durchführbar hält. Dann soll die Gesellschaft den Anspruch zu verfolgen durch eine Minderheit der Actionäre gezwungen werden können, deren Antheile ein Fünftel des Grundcapitals darstellen. Es ist richtig, dass unter diesen Voraussetzungen das Verfolgungsrecht des Einzelactionärs in der Gemeinschaft und auch nach ihrer Auflösung ausgeschlossen ist, wenn es nach Art. 223 nicht bestand oder nicht geltend gemacht ist. Dabei würde in Frage

kommen, ob dies auch auf Ansprüche aus strafbaren Handlungen der Liquidatoren und auf den Fall auszudehnen ist, wenn der Actionär den Nachweis unternimmt, dass die Collusion, welche das Gesetz durch die Vorschrift unmöglich machen will, durch Bestechung gleichwohl stattgefunden hat. Die Ausführung des Berufungsrichters, dass jeder Anspruch dieser Art ausgeschlossen sei, weil auch durch die strafbare Handlung nur die Pflicht gegen die Gesellschaft verletzt, ein obligatorisches Verhältniss zum Einzelactionär dadurch nicht begründet werde, der Einzelactionär nur als ein durch die strafbare Handlung mittelbar beschädigter Dritter erscheine, würde wesentlichen rechtlichen Bedenken unterzogen werden können.

Von der E. dieser Fragen kann indessen bei der concreten Sachlage abgesehen werden. Der Kläger hat weder in der Klage noch im Laufe der Verhandlungen behauptet, dass ihm und den übrigen Actionären diejenigen Thatsachen, aus denen er jetzt die Untreue der Liquidatoren und die arglistige Beschädigung des Vermögens der Actiengesellschaft und seines eigenen Vermögens herleitet, während der Liquidation und namentlich zur Zeit der Generalversammlung vom 16. October 1885 und der Dechargirung der Liquidatoren durch die Generalversammlung im März 1888 im einzelnen und in ihrem inneren Zusammenhange unbekannt geblieben und erst nach Beendigung der Liquidation aufgedeckt worden seien. Nach der Sachlage erscheint auch die Annahme ausgeschlossen, dass die 1883 erfolgte Gründung der Gesellschaft R. & Comp. und die Uebernahme des Betriebes des Etablissements der Actiengesellschaft durch dieselbe bis 1885 und 1888 verborgen geblieben sein sollten. Der Berufungsrichter stellt vielmehr fest, dass diejenigen Transactionen, welche der Kläger jetzt als pflichtwidrige und arglistige darstellen will, in der Generalversammlung vom 16. October 1885 erörtert, gebilligt, die vorgenommenen Veräusserungen genehmigt seien, und dass schliesslich den Liquidatoren nach dem Schlusse der Liquidation durch die Generalversammlung Decharge ertheilt sei.

Nun geht aus dem Vortrage des Klägers hervor, dass er vom Beginne bis zur Beendigung der Liquidation im Besitze von mindestens einem Fünftel des Grundcapitals war. Er war in der Lage, alle die Rechte geltend zu machen, welche die Art. 213 d, 222 a, 223 HGB zum Schutze des Einzelactionärs gegen Benachtheiligung durch Beschlüsse einer anders gesonnenen, colludirenden oder bestochenen Mehrheit eingeführt haben. Er war unzweifelhaft in der Lage, aufzudecken, was er jetzt aufdecken will, und unmöglich zu machen, was er jetzt rückgängig machen will, wenn das wahr ist, was er jetzt behauptet. Er hat dies unterlassen und kann deshalb zu der Klage, die er jetzt erhebt, nicht zugelassen werden. Denn das liegt allerdings im Sinne und Zwecke des Art. 223 HGB, dass der einzelne Actionär nicht nachträglich nach beendeter Liquidation und

Auflösung der Gesellschaft durch eine Klage, die von ihm während des Bestehens der Gesellschaft hätte herbeigeführt werden können, die er aber herbeizuführen unterlassen hat, den Nachweis, dass das ihm und der Gesellschaft bekannt gewesene, von der Gesellschaft genehmigte Verfahren der Liquidatoren die Gesellschaft arglistig geschädigt habe, unternehmen und durch solche Klage die gesammte Liquidation und ihr Ergebniss nachträglich in Frage stellen und beseitigen kann. Gegen die Zulassung einer solchen Klage sprechen alle die Gründe, welche den Gesetzgeber bewogen haben, die Zulassung der Klage innerhalb des Bestehens der Gesellschaft an eine bestimmte Frist und an Cautelen anderer Art zu binden. Sie kann auch durch das Erbieten, den Nachweis der Bestechung und des gegen die eigene Person gerichteten dolus zu führen, nicht begründet werden, da dieser Nachweis vor der Auflösung der Gesellschaft offen stand, aber nicht unternommen worden ist.

CLVI.

Die Vermuthung des Art. 274, Abs. I HGB, findet auch auf einen Vertrag Anwendung, durch welchen ein Kaufmann auf eine verfallene Conventionalstrafe verzichtet hat. Die Vermuthung wird dadurch nicht ausgeschlossen, dass der Anspruch auf die Conventionalstrafe aus einem Vertrage über unbewegliche Sachen herrührt.

E. v. 25. Februar 1892. — (Bd. XXIX, Seite 11.)

Gegenüber der vom Kläger als Concessionar des Maurermeisters Z. erhobenen Klage machte der Beklagte mittelst Compensationseinrede den Anspruch auf eine Conventionalstrafe von 2000 M. geltend, welchen er aus einem mit Z. unter dem 17. Juli/3. August 1887 abgeschlossenen Bauvertrage herleitet. Das Berufungsgericht hat die Compensationseinrede verworfen. Es sieht zwar die Conventionalstrafe als verwirkt, andererseits aber, dem Vorbringen des Klägers entsprechend, als erwiesen an, dass der Beklagte im Juni 1888 dem Z. gegenüber auf die damals bereits verfallene Strafe verzichtet hat. Die Revision des Beklagten, welche diesem Verzichte wegen Mangels der Schriftform die Giltigkeit abspricht, ist zurückgewiesen worden, aus den

Gründen:

Der von der Vorinstanz festgestellte Verzicht müsste nach der Höhe des Gegenstandes wegen Mangels der Schriftform für unverbindlich erklärt werden, wenn hier die Formvorschriften des Allgemeinen Landrechtes massgebend wären (vergl. §§ 131, 134 ALR I. 5, §§ 380, 381 I. 11). Nur für den Fall der Anwendbarkeit des Art. 317 HGB würde die Giltigkeit des Verzichtes durch die schriftliche Abfassung nicht bedingt sein. Ab-

hängig ist danach die E. von der Frage, ob es sich bei dem Verzichte des Beklagten um ein Handelsgeschäft gehandelt hat. Für die Beantwortung dieser Frage sind, da der Beklagte unstreitig Kaufmann im Sinne des HGB ist, die Bestimmungen der Art. 273 bis 275 HGB in Betracht zu ziehen. Gemäss Art. 273, Abs. 1, sind alle einzelnen Geschäfte eines Kaufmannes, welche zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören, als Handelsgeschäfte anzusehen, und gemäss Art. 274, Abs. 1, gelten die von einem Kaufmanne geschlossenen Verträge im Zweifel als zum Betriebe des Handelsgewerbes gehörig. Von der hiernach für die handelsgeschäftliche Qualität sprechenden Vermuthung sind jedoch durch das Gesetz selbst die Verträge über unbewegliche Sachen ausgeschlossen, indem diesen der Art. 275 die Eigenschaft von Handelsgeschäften unbebedingt abspricht.

Zuzugeben ist nun der Revision, wie dies auch der Vorderrichter nicht verkennt, dass der Vertrag vom 17. Juli/3. August 1887, durch welchen der Beklagte dem Cedenten des Klägers den Bau eines Hauses übertragen hat, ein Vertrag über unbewegliche Sachen im Sinne des Art. 275 HGB und deshalb kein Handelsgeschäft war. Allein die hieraus gezogene Folgerung, es müsse auch die Verzichtleistung auf die in jenem Vertrage für den Fall der Verzögerung bedungene Conventionalstrafe als Vertrag über unbewegliche Sachen behandelt werden, ist von dem Berufungsgerichte mit Recht für unbegründet erklärt worden.

In dem angefochtenen U. wird ausdrücklich hervorgehoben, dass zur Zeit der Verzichtleistung des Beklagten die Conventionalstrafe von 2000 M. bereits verfallen war, und die Richtigkeit dieser Annahme ergibt sich ebensowohl aus dem Inhalte des Vertrages vom 17. Juli/3. August 1887, wie aus den vom Beklagten selbst in den Vorinstanzen gemachten Anführungen. Insbesondere hat der Beklagte ausweislich des Thatbestandes behauptet, dass seine Berechtigung auf Conventionalstrafe von Z. schon im März oder April 1888 anerkannt worden sei. Wenn demnächst im Juni 1888 der Beklagte auf die Entrichtung der Conventionalstrafe Verzicht leistete, so war der Gegenstand dieses Verzichtes weder unmittelbar, wie es der Art. 275 HGB voraussetzt, noch auch nur mittelbar eine unbewegliche Sache, sondern lediglich eine zum Vermögen des Beklagten gehörige Geldforderung von 2000 M. Die Verfügung über diese vom Beklagten unbedingt, namentlich unabhängig von dem weiteren Schicksale des Hausbaues, erworbene Forderung fällt nicht unter die Vorschrift des Art. 275 und ist demzufolge von der allgemeinen Vermuthung des Art. 274, Abs. 1, nicht ausgenommen. Von der Revision wird zwar darauf hingewiesen, dass es sich hier nicht um eine Verfügung des Beklagten zu Gunsten eines Dritten, sondern um ein Aufgeben der Forderung gegenüber dem Verpflichteten handelt; allein dieser Unterscheidung kann für die hier zu entscheidende Frage kein Gewicht beigelegt werden. Denn

unter die Vorschrift des Art. 274, Abs. 1, fallen nach dessen Fassung auch liberatorische Verträge eines Kaufmannes, sofern nicht etwa aus ihrem Inhalte oder aus sonstigen Umständen zweifellos hervorgeht, dass sie ausserhalb des Gewerbebetriebes abgeschlossen waren. Derartige Umstände sind von dem Beklagten nicht angeführt und nicht ersichtlich. Die Möglichkeit, dass der Beklagte auf seine Geldforderung von 2000 M. im Interesse seines Gewerbebetriebes und mit Bezug auf denselben verzichtet habe, ist nicht in Abrede zu stellen und kann namentlich nicht deshalb als ausgeschlossen angesehen werden, weil die aufgegebene Forderung aus einem Vertrage herrührte, welcher kein Handelsgeschäft war.

Hieran kann auch der Umstand nichts ändern, dass nach der Auffassung des Berufungsgerichtes der Beklagte mit den im Juni 1888 gemachten Aeusserungen dem Z. gegenüber nicht blos auf die Conventionalstrafe verzichtet, sondern zugleich erklärt hat, den Z. überhaupt wegen seiner Verzögerungen, sei es, dass dieselben bereits damals eingetreten waren oder noch später eintreten würden, nicht in Anspruch nehmen zu wollen. Der Betrag der Conventionalstrafe war in dem Bauvertrage auf eine bestimmte Summe festgesetzt. Er blieb, nachdem die Strafe einmal verwirkt war, unverändert derselbe, auch wenn Z. die Vollendung des Baues noch länger verzögerte. Dass der Beklagte aus der Verzögerung neben der Strafe noch andere Entschädigungsansprüche hätte herleiten können, ist angesichts der §§ 292 bis 295 ALR I. 5 nicht ohne weiteres anzunehmen. Wäre dies aber auch der Fall, und wäre ferner, wie die Revision meint, in dem Verzichte des Beklagten, so weit er sich auf die künftig noch eintretenden Verzögerungen bezog, eine der Schriftform bedürftige Abänderung des Bauvertrages zu erblicken, so würde doch davon die Giltigkeit des selbstständig daneben erklärten Verzichtes auf die verfallene Conventionalstrafe nicht betroffen werden. Vielmehr würde dieser Verzicht der Vermuthung des Art. 274 HGB unterliegen, wenn auch gleichzeitig eine nach Art. 275 zu beurtheilende Abänderung des Bauvertrages vorgenommen sein sollte.

CLVII.

Der Socius einer offenen Handelsgesellschaft, welcher zugleich Gläubiger derselben ist, kann während der Liquidation gegen den Liquidator nicht auf Zahlung seiner Forderung klagen.

E. v. 2. März 1892. — (Bd. XXIX, Seite 15.)

M., der Erblasser des Klägers, war bis zu seinem Tode im März 1877 Cassierer und, ebenso wie der Kläger selbst, Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft unter der Firma H.'er Discontogesellschaft gewesen. Seit dem Juli 1879 befindet sich die Gesellschaft in Liquidation, deren Schlussrechnung inzwischen aufgestellt ist und ein bedeutendes

Passivsaldo ergibt. Der Kläger hat gegen die Gesellschaft in Liquidation auf Zahlung einer angeblichen Forderung des M. gegen die Gesellschaft geklagt, und zwar auf Zahlung zur Nachlassmasse, weil ausser ihm noch etwa 30 Personen Erben des M. geworden sind. Die beklagte Gesellschaft hat die Forderung, die Activlegitimation des Klägers und die Zulässigkeit der Klage bestritten.

Beide Instanzen haben die Klage wegen mangelnder Activlegitimation abgewiesen. Die Revision des Klägers ist zurückgewiesen worden aus nachfolgenden

Gründen:

Die Revision hat zurückgewiesen werden müssen, weil die Klage, so wie geschehen, auf Zahlung überhaupt nicht erhoben werden konnte.

Die Klage ist darauf gestützt, dass M. als Cassierer der Gesellschaft für sie während seiner Geschäftsführung 11.677·30 M. aus eigenen Mitteln bezahlt, beziehungsweise an sie abgeführt hat. M. war zugleich Gesellschafter. Nach Art. 93 HGB war M. und sind nach seinem Tode seine Erben an sich berechtigt, diesen Anspruch gegen die Gesellschaft geltend zu machen. Der Anspruch würde auch während des Bestehens der Gesellschaft auf Zahlung gegen die Gesellschaft gehen, da der Socius als Gläubiger der Gesellschaft nicht anders steht als jeder andere Gläubiger.

Aber diese Rechtslage ändert sich für den Sociusgläubiger und seine Erben wesentlich mit der Auflösung der Gesellschaft und mit der Liquidation. Die Gesellschaft besteht zwar für die Liquidation fort, wird für dieselbe durch den Liquidator vertreten (Art. 137 HGB) und kann deshalb auch von Gesellschaftsgläubigern auf Zahlung von Gesellschaftsschulden belangt und exequirt werden. Der Socius, welcher Gläubiger ist, contribuirt aber nach dem Principe des Art. 108 HGB zu seiner eigenen Forderung als Socius. Er ist als Socius durch die Zwecke der Liquidation, die laufenden Geschäfte zu beendigen und die Verpflichtungen der aufgelösten Gesellschaft zu erfüllen (Art. 137 HGB) beschränkt. Er kann Zahlung nur fordern, wenn und soweit Gesellschaftsvermögen zur Erfüllung der Verpflichtungen der Gesellschaft vorhanden ist, kann aber den Liquidator selbst dann zu einer Zahlung nicht zwingen, wenn Gesellschaftsvermögen zwar vorhanden, aber nach dem Ergebnisse der Liquidation unsicher ist, ob und inwieweit er, der Socius, zu contribuiren hat. Die Klage auf Zahlung hat überhaupt keinen Sinn, wenn das Ergebniss der Liquidation dahin geht, dass actives Gesellschaftsvermögen nicht vorhanden ist.

Regelmässig hat die Klage des Sociusgläubigers auf Zahlung gegen die Gesellschaft in Liquidation deshalb den Nachweis zur Voraussetzung, dass actives Gesellschaftsvermögen zur Erfüllung aller Verpflichtungen der aufgelösten Gesellschaft vorhanden ist. Nun liegt hier die Sache so, dass nach der Behauptung der Beklagten die Liquidation insofern beendet

ist, als die Schlussrechnung aufgestellt wurde. Die Beklagte behauptet, dass die Schlussrechnung sämmtlichen Erben mitgetheilt und von ihnen, mit Ausnahme des Klägers, unbeanstandet gelassen ist. Der Kläger selbst bestreitet nur die Richtigkeit der Schlussrechnung im Allgemeinen, und dass die Erben eine Schuld gegen die Gesellschaft haben. Dass und in welchem Betrage parates actives Gesellschaftsvermögen zur Deckung der Forderung, deren Zahlung verlangt wird, vorhanden ist, behauptet er nicht.

Die Klage auf Zahlung zur Nachlassmasse ist hiernach unzulässig. Sie wäre auf Feststellung der Forderung zu richten gewesen, ist so aber ersichtlich nicht erhoben. Die Frage, ob der Kläger trotz Vorhandenseins von Miterben allein auf Zahlung zur Nachlassmasse klagen durfte, kann hiernach auf sich beruhen.

CLVIII.

Zahlungsverzug des Käufers, dem die Lieferung nach einer von ihm zu bewirkenden Specification zu geschehen hat.

E. v. 9. März 1892. — (Bd. XXIX, Seite 17.)

Laut Schlussnote vom 4. März 1889 kaufte der Beklagte von der Klägerin 5 bis 10 Waggons Hobelwaaren mit Abnahmefrist bis Ende Juni. In der Schlussnote sind die Preise je nach der Dicke und Breite der Bretter für 100 Quadratfuss englisch bei I a Waare angegeben und am Rande die Preise für IIa Waare bei Dimensionen von $^6/_8$ und $^7/_8$ bemerkt. Der erste Waggon wurde Ende April abgesandt, angenommen und bis auf einen kleinen Rest bezahlt. Die vier anderen Waggons hat die Klägerin zum 1. Juli nach einer von ihr getroffenen Zusammensetzung in Längen von 10 bis 24 Fuss bereit gestellt, die Abnahme ist aber nicht erfolgt. Am 27. August 1889 schrieb die Klägerin dem Beklagten, dass sie noch immer der Längenangabe entbehre und um Uebersendung der Specification bitte; am 14. September erklärte sie, dass sie der Zahlung zum 1. October entgegensehe. Der Beklagte bat darauf am 16. September um Nachfrist von sechs Wochen.

Unter'm 13. October sandte der Beklagte der Klägerin eine Specification, nach welcher er sämmtliche Bretter in Länge von 24 Fuss englisch bestellte und den Liefertermin bis zum 18. October bestimmte. In der Antwort vom 14. October bezeichnete die Klägerin dies als Schikane, und am 19. October schrieb Beklagter, dass er sich wegen Nichtlieferung jeder Pflicht für entbunden erachte.

Auf die Klage ist der Beklagte in beiden Instanzen verurtheilt worden, der Klägerin gegen Abnahme der bei ihr am 4. März 1889 bestellten vier Waggons Hobelwaare den Betrag von 5260 M. nebst 6 Percent Zinsen seit 1. October 1889 zu bezahlen. Seine Revision ist zurückgewiesen worden aus nachfolgenden

Gründen:

Dem Berufungsgerichte wird vorgeworfen, verkannt zu haben, dass eine Mehrheit alternativer Käufe vorliege, wenn dem Käufer zwischen verschiedenen Qualitäten mit besonderen Preisen die Wahl gelassen ist. Wenn nun auch in der Regel eine der Zahl der verschiedenen Qualitäten mit verschiedenen Preisen entsprechende Mehrheit von Käufen anzunehmen sein wird, so steht dies doch nicht entgegen, dass auf Grund besonderer Umstände nach der Lage des einzelnen Falles, wie dies im gegebenen Falle vom Berufungsrichter geschehen ist, ein bestimmter Kauf dahin angenommen wird, dass ungeachtet der verschiedenen Masse und Qualitäten die Hobelbretter doch nur als eine einzige Waarengattung aufgefasst und als solche zum Gegenstande des Vertrages in der Weise gemacht worden seien, dass als Gegenstand des Kaufvertrages nur 5 bis 10 Waggons Hobelwaaren, abgesehen von den Dimensionen und Qualitäten, in Betracht kommen. Zu dieser Auslegung berechtigte der Schlussschein vom 4. März 1889 besonders deshalb, weil als verkauft nur Waaren I. Qualität darin aufgeführt und blos am Rande auch die Preise für II. Qualität bemerkt sind, hieraus also zu schliessen ist, dass die Waaren letzterer Art nicht als alternativer Kaufgegenstand bestimmt worden sind, sondern nur die Möglichkeit, auch diese zu wählen (facultas alternativa), nebenbei in Betracht gezogen worden ist. Hätte man aber auch davon auszugehen, dass eine derartige Mehrheit von Verträgen vorliege, dass erst durch die Wahl (Specification) des Beklagten der Kaufgegenstand fest bestimmt werde, so könnte daraus doch nur die Folgerung sich ergeben, dass vor der Specification kein Verzug in der Empfangnahme vorliege, also nicht zur Niederlegung oder zu einem Verkaufe nach Art. 343 HGB geschritten werden dürfe. Der Verzug mit der Zahlung beginnt dagegen, wie das Berufungsgericht mit Recht angenommen hat, mit dem Verzuge in Vornahme der Specification, so dass von da an der Käufer die durch die später vorgenommene Specification festgestellte Kaufpreisschuld zu verzinsen hat. Es kann dem Käufer nicht zustehen, durch willkürliche Hinausschiebung der Specification auch die Zahlung ungerechtfertigt zu verzögern. Das Verhältniss ist ähnlich demjenigen eines zur Rechnungsablage Verpflichteten zu beurtheilen; auch dieser kann nicht durch ungegründete Weigerung der Feststellung seiner Schuld deren Verzinslichkeit über den Zeitpunkt hinaus verschieben, zu welchem seine Verbindlichkeit zur Rechnungstellung fällig und er hierzu aufgefordert worden ist.

Das Berufungsgericht hat daher ohne Gesetzesverletzung den Zahlungsverzug des Beklagten nach Massgabe der an den Beklagten am 27. August 1889 gerichteten Aufforderung zur Vornahme der Specification beurtheilt.

CLIX.

Die von einem Nichtkaufmanne einem Kaufmanne in dessen Handelsgewerbe geleistete Bürgschaft ist ein Handelsgeschäft. Einem solchen Bürgen steht die Einrede der Vorausklage nicht zu.

E. v. 3. März 1892. — (Bd. XXIX, Seite 20.)

Der minderjährige O. B. hat, während er in dem Geschäfte der klagenden Handlung als Handlungslehrling thätig war, 1720·90 M. baares Geld, welches ihm von der Principalin zur Einzahlung bei der Reichsbank übergeben war, unterschlagen. Die Klägerin hat wegen Erstattung dieser Summe die Beklagte unter Umgehung des Hauptschuldners als Bürgin in Anspruch angenommen. Beide Instanzrichter haben abweisend erkannt. Auf die Revision der Klägerin ist das Berufungsurtheil aufgehoben aus folgenden

Gründen:

Der Berufungsrichter hat die von der Beklagten erhobene Einrede der Vorausklage für durchgreifend erklärt, indem er sowohl verneint, dass die Beklagte eine selbstschuldnerische Bürgschaft im Sinne des § 297 ALR I. 14 eingegangen sei oder sonst nach den Vorschriften des Landrechtes als Bürgin unter Umgehung des Hauptschuldners in Anspruch genommen werden könne, als auch, dass sich die Bürgschaft der Beklagten als eine Handelsbürgschaft im Sinne des Art. 281 HGB, bei welcher dem Bürgen die Einrede der Vorausklage verschlossen sei, darstelle.

In letzterer Beziehung wird die E. von der Revision mit Grund als rechtsnormwidrig angefochten.

Nach Art. 281, Abs. 2 HGB, steht dem Bürgen die Einrede der Vorausklage nicht zu, wenn die Schuld aus einem Handelsgeschäfte auf Seiten des Hauptschuldners hervorgeht, oder wenn die Bürgschaft selbst ein Handelsgeschäft ist. Dass die Voraussetzungen des ersten Falles nicht gegeben sind, nimmt der Berufungsrichter mit Recht an. Er erachtet aber auch den zweiten Fall nicht als vorliegend, indem er erwogen hat: der Umstand, dass die Bürgschaft einem Kaufmanne geleistet sei, reiche nicht aus, der Bürgschaft selbst die Eigenschaft eines Handelsgeschäftes zu verleihen; denn wenn auch Art. 277 HGB bestimme, dass die handelsrechtliche Natur des Geschäftes auf der Seite eines der Contrahenten die gleichmässige Anwendung der Bestimmungen des vierten Buches des HGB auf beide Contrahenten der Regel nach zur Folge haben solle, so finde diese Regel, wie das Gesetz besage, nur Anwendung, sofern nicht aus jenen Bestimmungen selbst sich ergebe, dass ihre besonderen Festsetzungen sich nur auf denjenigen von beiden Contrahenten beziehen sollen, auf dessen Seite das Geschäft ein Handelsgeschäft sei; letzteres treffe aber hier zu, wie aus den Art. 280 bis 282 HGB erhelle, so dass

die Bürgschaft selbst als ein Handelsgeschäft nur anzusehen sei, wenn sie auf Seiten des Bürgen ein Handelsgeschäft sei, wovon jedoch bei der Beklagten keine Rede sein könne. Diese Annahmen beruhen auf einer Verkennung der Vorschriften der Art. 280 bis 282, 277 HGB.

Der Art. 281, Abs. 2 a. a. O., unterscheidet für den von ihm vorgesehenen zweiten Fall nicht, je nachdem die Bürgschaft auf der Seite des Bürgschaftsnehmers oder auch auf der Seite des Bürgen ein Handelsgeschäft ist, und schliesst die Einrede der Vorausklage nicht allein aus, wenn die Bürgschaft für den Bürgen eine handelsgeschäftliche ist. Vielmehr bestimmt er als Voraussetzung für seine Anwendung ohne Einschränkung, dass die Bürgschaft ein Handelsgeschäft sei. Diese Voraussetzung liegt aber ohne Rücksicht darauf vor, ob das die Bürgschaft begründende Geschäft auf beiden Seiten oder nur auf der einen Seite, und im letzteren Falle, ob es auf der Seite des Gläubigers oder der des Bürgen ein Handelsgeschäft ist. Denn das HGB sieht als „Handelsgeschäft“ jedes Rechtsgeschäft an, welches sich, sei es auf der Seite beider Contrahenten oder auf der Seite eines derselben, als Handelsgeschäft darstellt. In dem Art. 281, Abs. 2, sind also besondere Festsetzungen, wie sie der Schlusssatz des Art. 277 ebenda im Auge hat, welche sich nur auf denjenigen Contrahenten beziehen, auf dessen Seite das Geschäft ein Handelsgeschäft ist, nicht enthalten, und folglich ist der im Art. 277 als Regel aufgestellte Grundsatz, dass bei einseitigen Handelsgeschäften die Bestimmungen des vierten Buches des HGB in Beziehung auf beide Contrahenten gleichmässig anzuwenden sind, auch im gegenwärtigen Falle für die Beurtheilung des Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien massgebend. Die Art. 280 und 282 HGB stehen der Auffassung des Berufungsrichters nicht zur Seite. Dort sind für einseitige Handelsgeschäfte nach gewissen Richtungen besondere Festsetzungen getroffen. Diese Festsetzungen haben jedoch zu der Vorschrift des Art. 281 keine Beziehung, und ebensowenig gewährt die Stellung, die der Art. 281 zwischen den Art. 280 und 282 einnimmt, einen Anhalt zu Gunsten der Auslegung des Berufungsrichters; im Gegentheil lässt der Umstand, dass in den vor- und nachstehenden Art. 280 und 282 besondere Bestimmungen im Sinne des Schlusssatzes des Art. 277 HGB getroffen sind, in Art. 281 aber nicht, darauf schliessen, dass es nach dem Willen des Gesetzes im Falle des Art. 281 bei der Regel des Art. 277 bewenden solle. Nicht weniger spricht für die vorentwickelte Auffassung, dass der Art. 281, Abs. 2, auch Anwendung findet, wenn die Bürgschaft nur ein einseitiges Handelsgeschäft, und zwar allein auf der Seite des Gläubigers ein solches ist, der Grund des Gesetzes. Die Einrede der Vorausklage ist dem Bürgen versagt, weil das Interesse des Handelsverkehres es erfordert, dass der Gläubiger, welcher seinerseits selbst wieder Handelsverbindlichkeiten zu erfüllen hat, so schleunig als möglich und ohne Weiterungen befriedigt

werde, was nicht der Fall sein würde, wenn er zuvor den Hauptschuldner auszuklagen verpflichtet wäre, ehe er sich an den Bürgen halten könnte.

Im Sinne des Art. 281 HGB bestimmt sich die Frage, ob eine Bürgschaft im concreten Falle den Charakter eines Handelsgeschäftes an sich trägt, allein nach den Art. 271 bis 274 HGB. Im vorliegenden Falle ist der Gläubiger ein Kaufmann. Die ihm geleistete Bürgschaft ist daher präsumtiv auf seiner Seite ein Handelsgeschäft, und folglich ist bis zur Widerlegung dieser Präsumtion der Beklagten als Bürgin die Einrede der Vorausklage versagt.

CLX.

Pfandrecht des Spediteurs (Art. 382, Abs. I HGB). Anwendung des Art. 306, Abs. 2 HGB.

E. v. 5. Mai 1892. — (Bd. XXIX, Seite 47.)

J. St. bestellte für die Firma J. St. & Co. zu New-York bei den Klägern in Chemnitz Waaren, bezeichnete eine Firma in Minnesota als seinen Abkäufer und wies die Kläger an, die Waare zur Verfügung der Firma J. St. & Co. an den beklagten Spediteur in Leipzig zu senden. Die Kläger sendeten dem Beklagten die Waaren mit der gedachten Ermächtigung zu. Der Beklagte übernahm die Waaren. J. St. ordnete die Einzelheiten des Transportes an, vereinbarte auch mit dem Beklagten Näheres über die Fracht. Die Waaren wurden von den New-Yorker Geschäftsfreunden des Beklagten den von St. genannten Abkäufern und der Firma J. St. & Co. angeboten. Beide verweigerten die Annahme.

Die Kläger forderten Verurtheilung des Beklagten, dass er ihnen die Waaren in New-York gegen Erstattung der Frachtspesen zur Verfügung stelle. Der Beklagte machte ein Pfandrecht an den Waaren geltend wegen eines Vorschusses, welchen er dem St. gewährt habe. Die Kläger behaupteten, St. habe sich gegen die Wahrheit als Theilhaber der Firma J. St. & Co. ausgegeben und den Beklagten betrogen. In II. J. wurde die Klage abgewiesen. Die Revision der Kläger war erfolglos. Aus den

Gründen:

Die Annahmen der vorigen Instanz, dass dem Beklagten durch die Gewährung des Darlehens an J. St. ein Pfandrecht an den von ihm von den Klägern überschickten Waaren entstanden sei, und dass die Kläger das Pfandrecht wider sich gelten zu lassen haben, enthalten keine unrichtige Anwendung des HGB.

Die Kläger hatten die Waaren dem Beklagten „zur Verfügung der Herren J. St. & Co., New-York“ übersendet. Damit ertheilten sie dem Beklagten einen Auftrag, welchen er theilweise dadurch vollzog, dass er von dem Besteller St. Weisungen über den Transport der Waaren ent-

gegennahm und ihm darauf einen Vorschuss aushändigte. Da die Waaren zur Verfügung der Firma gestellt waren, so konnte dieselbe jede beliebige Bestimmung darüber treffen. Sie brauchte die Waare überhaupt nicht zu versenden. Sie war unter Anderem zur alsbaldigen Weiterveräusserung der Waaren befugt, durfte sie demnach auch verpfänden. War nun die Waare auf Anordnung des St. von Leipzig nach New-York versendet, so sind als „Versender“ nicht die Kläger, sondern die Inhaber der Firma J. St. & Co. zu betrachten. War aber der Vertreter dieser Firma berechtigt, die Waare mit einem Vorschusse zu belasten, so erwuchs hierdurch dem Beklagten, welcher damals das Gut noch in seinem Gewahrsam hatte, gemäss Art. 382, Abs. 1 HGB ein — nach Art. 306, Abs. 3, dem vertragsmässigen Pfandrechte gleichstehendes — gesetzliches Pfandrecht an dem Gute wegen des darauf geleisteten Vorschusses.

Das Pfandrecht ist aber auch in dem Verhältnisse zwischen den Klägern und dem Beklagten vorhanden, wenn letzterer befugt war, den St. als Vertreter der Firma J. St. & Co. zu behandeln. St. erhob das Darlehen in Vertretung dieser Firma, war sonach in deren Handelsbetrieb thätig; und die Kläger müssen das an der Waare begründete Pfandrecht auch ihrerseits anerkennen, sobald der Beklagte dasselbe redlich, nämlich in Unkenntniss von der Nichtberechtigung des St. zur Vertretung der Firma, erworben hatte. Alsdann sind die Kläger nur in der Lage, ihre Rechte an der Waare unter Zugeständniss des von dem Beklagten beanspruchten Pfandrechtes zu verfolgen; dem Beklagten kann das früher begründete Recht der Kläger nicht zum Nachtheile gereichen. Das folgt unmittelbar aus den Vorschriften in Art. 306, Abs. 2 HGB. Die Kläger übertrugen die Inhabung der Waaren auf den Beklagten, und das Gesetz versagt den an den Waaren bestehenden älteren Rechten den Schutz insoweit, als späterhin Dritte in gutem Glauben Pfandrechte daran erlangt haben.

Hiernach kommt Alles darauf an, ob der Beklagte den St. für berechtigt achten konnte, über die Waaren zu verfügen. Dies stellt das Berufungsgericht auf Grund des für New-York geltenden Rechtes fest. Die bezügliche E. ist nach § 525 CPO massgebend für das Revisionsgericht, da die Verletzung ausländischer Gesetze die Revision nicht begründet. Auch lässt sich nicht ersehen, dass die Vorinstanz dabei gegen processuale Vorschriften verstossen hätte.

Uebrigens haben die Kläger selbst den St. für einen Vertreter der amerikanischen Firma angesehen. Sie schlossen mit ihm den Vertrag für die Firma ab und begaben sich darauf der Waaren, indem sie dieselben dem Beklagten mit der gedachten Ermächtigung zugehen liessen.

CLXI.

Der Verkäufer, der in Folge Annahmeverzuges seines Käufers seinerseits seinem Verkäufer gegenüber in Annahmeverzug gerathen ist, kann das Ergebniss des Selbsthilfeverkaufes seines Verkäufers dem Interesseanspruche gegen seinen Käufer gemäss Art. 354 HGB zum Grunde legen.

E. v. 18. Mai 1892. — (Bd. XXIX, Seite 61.)

Der Kläger, welcher mit der Zeche P. W. einen Vertrag über die fortlaufende Lieferung von Kohlen geschlossen hatte, verkaufte dem Beklagten 500 Waggons dieser Kohlen, lieferbar auf der Zeche in gleichen Monatsraten, welche bis zum 15. des nächsten Monats zu bezahlen waren. Von diesen 500 Waggons sind 436 nicht abgenommen worden. Der Kläger ist seinerseits der Zeche P. W. gegenüber mit der Abnahme eines entsprechenden Quantums Kohlen in Verzug gerathen; die Zeche hat deshalb im Wege des Selbsthilfeverkaufes 501 Waggons Kohlen öffentlich verkaufen lassen und den Differenzbetrag zwischen dem hierbei erzielten Erlöse und dem Vertragspreise gegen den Kläger eingeklagt und rechtskräftig erstritten. In jenem Processe ist dem jetzigen Beklagten vom Kläger der Streit verkündet worden. Unstreitig hat der Kläger den Beklagten wiederholt brieflich aufgefordert, über die zu liefernde Kohle zu disponiren, demselben auch von den an ihn gerichteten Verkaufsandrohungen der Zeche P. W. und den bevorstehenden Zwangsverkäufen jedesmal Mittheilung gemacht. Er hält sich deshalb für berechtigt, vom Beklagten als Schadenersatz denjenigen Betrag zu fordern, welcher sich nach Abzug des bei den Zwangsverkäufen der Zeche P. W. erzielten Erlöses von dem Vertragspreise der rückständig gebliebenen 436 Waggons ergibt, und hat beantragt, den Beklagten zur Zahlung dieses Betrages zu verurtheilen.

Die Klage ist von beiden Instanzrichtern abgewiesen worden. Der Berufungsrichter nimmt an, dass es dem Klageanspruche an gehöriger Begründung fehle, weil der Kläger, der die dem Beklagten verkaufte Waare nicht in seiner Verfügungsgewalt gehabt, vielmehr selbst seinem Käufer gegenüber sich im Annahmeverzuge befunden habe, nicht in der Lage gewesen sei, den Beklagten in Verzug zu setzen, und die von der Zeche P. W. gegen den Kläger in's Werk gesetzten Zwangsverkäufe den Beklagten deshalb in keiner Weise berührten.

Das Reichsgericht hat das Berufungsurtheil aufgehoben und die Sache in die Vorinstanz zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

Nach Art. 354 HGB hat der Verkäufer, wenn der Käufer mit Zahlung des Kaufpreises im Verzuge und die Waare noch nicht übergeben ist, ein

dreifaches Wahlrecht. Er kann entweder vertragsmässige Erfüllung und daneben Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung fordern, oder statt der Erfüllung sein Interesse liquidiren, oder endlich von dem Vertrage abgehen. Das Interesse des Verkäufers besteht in demjenigen Vermögenswerthe, welchen er bei vertragsmässiger Erfüllung seitens des Käufers erlangt haben würde, abzüglich des Werthes der Leistung, zu der er dem Käufer verpflichtet war. Um die Differenz beider Werthe in klarer, auch die Rechte des Käufers wahrender Weise festzustellen, schreibt das Gesetz den Verkauf der Waare unter Beobachtung der Bestimmungen des Art. 343 HGB vor. Durch diesen Verkauf, der für Rechnung des Käufers erfolgt, soll ermittelt werden, welcher Geldwerth dem Verkäufer aus der nicht übergebenen Waare zugute kommt, damit hienach sein darüber hinausgehender Schade bemessen werden kann. Der Zweck der gesetzlichen Vorschrift ist mithin lediglich die Feststellung des Verkaufswerthes der Waare als Grundlage für die Schadenersatzforderung des Verkäufers unter gewissen, zum Schutze der Interessen des Käufers bestimmten Vorschriften über das bei dem Verkaufe zu beobachtende Verfahren.

Hieraus folgt, dass es zur Begründung der Interesseforderung des Verkäufers im Falle des Art. 354 HGB nicht sowohl darauf ankommt, dass der Verkäufer selbst die zu liefernde Waare dem Käufer gegenüber zum Zwangsverkaufe gebracht hat, als darauf, dass zu rechter Zeit und am rechten Orte dieselbe, beziehungsweise im Falle eines Gattungskaufes gleichartige Waare zu den Bedingungen des geschlossenen Vertrages verkauft ist, und bei diesem Verkaufe die zum Schutze der Interessen des Käufers gegebenen Vorschriften beobachtet sind. Wenn also eine nur der Gattung nach bestimmte Waare von dem Käufer unter denselben Vertragsbedingungen weiter verkauft ist, und sowohl der erste wie der zweite Käufer in Abnahme- und Zahlungsverzug gerathen, so kann der von dem ersten Verkäufer seinem Contrahenten gegenüber gesetzmässig vollzogene Selbsthilfeverkauf wohl geeignet sein, zugleich als Grundlage für die Interesseforderung des zweiten Verkäufers gegenüber seinem Käufer zu dienen, sofern der letztere in gehöriger Weise darauf hingewiesen ist, dass der Verkauf diese Bedeutung für die Feststellung des Umfanges seiner durch den Verzug begründeten Verpflichtung haben solle. Wo nicht abzusehen ist, dass bei solcher Sachlage ein anderer Verkaufserlös zu erzielen gewesen wäre, wenn der erste Käufer dem Verkäufer die Waare abgenommen und seinerseits zum Verkaufe gestellt hätte, da muss es als dem Sinne des Gesetzes entsprechend angesehen werden, wenn der erzielte Erlös auch dem zweiten Käufer in Rechnung gestellt wird, obgleich sein unmittelbarer Contrahent einen Selbsthilfeverkauf nicht vorgenommen hat. Die entgegengesetzte, auf dem Wortlaute des Gesetzes fussende Meinung führt zu einem inhaltlosen Formalismus, der als von dem Gesetzgeber gewollt nicht zu unterstellen ist.

Nach den Behauptungen des Klägers würden aber im vorliegenden Falle die oben entwickelten Voraussetzungen für die Wirksamkeit des vollzogenen Selbsthilfeverkaufes gegenüber dem Beklagten gegeben sein. Beide Kaufgeschäfte, zwischen der Zeche P. W. und dem Kläger einerseits und zwischen diesem und dem Beklagten andererseits, sollen Kohlen gleicher Art zum Gegenstande gehabt haben und unter gleichen Bedingungen abgeschlossen, namentlich für beide Erfüllungsort und Erfüllungszeit dieselben gewesen sein. Der Kläger hat ferner unter Hinweis auf sein Rechtsverhältniss zu der Zeche P. W. dem Beklagten von den Verkaufsandrohungen der Zeche Mittheilung gemacht, dem Beklagten in Verbindung hiermit seine Absicht, gegen ihn Regress zu nehmen, angekündigt und ihm die Verkaufstermine angezeigt. Er hat endlich dem Beklagten in dem Processe, in welchem er von der Zeche P. W. auf der Grundlage jener Zwangsverkäufe auf Schadenersatz in Anspruch genommen worden ist, den Streit verkündet, demselben also nach jeder Richtung Veranlassung und Gelegenheit gegeben, hinsichtlich der Zwangsverkäufe seine Rechte wahrzunehmen. Hiernach würde der Kläger, der seiner aus Art. 343 HGB sich ergebenden Anzeigepflicht dadurch genügt hat, dass er dem Beklagten seine Absicht der Regressannahme ankündigte, nicht gehindert sein, seine Interesseforderung nach den bei jenen Zwangsverkäufen erzielten Erlösen zu bemessen.

Vorausgesetzt ist hiebei, dass der Beklagte sich im Zahlungsverzuge befunden hat, und die Verkäufe dem Inhalte des unter den Parteien geschlossenen Vertrages entsprochen haben. In beiden Beziehungen herrscht Streit unter den Parteien. Der Berufungsrichter hat sich der E. dieser Streitpunkte für enthoben erachtet, weil der Kläger sich seinem Verkäufer gegenüber im Annahmeverzuge befunden, die verkaufte Kohle nicht in seiner Verfügungsgewalt gehabt und sich deshalb gar nicht in der Lage befunden habe, den Beklagten in Verzug zu setzen. Diese Auffassung des Sach- und Rechtsverhältnisses ist rechtsirrthümlich.

Wie der Kläger behauptet, hat der Beklagte die gekauften Kohlen loco Zeche unter Zechenbedingungen in repartirlichen monatlichen Quantitäten abzunehmen und bis zum 15. des folgenden Monats baar zu bezahlen. Aus der Natur eines solchen, auf fortlaufende Lieferungen berechneten Geschäftes, welches der Beklagte ersichtlich nicht als Consument, sondern als Wiederverkäufer abgeschlossen hatte, ergibt sich, dass der Beklagte nach Massgabe seines Absatzes dem Kläger seine Versandordres zu ertheilen, letzterer aber diese Ordres abzuwarten und für deren Ausführung durch die Zeche Sorge zu tragen hatte. Der Kläger that Alles, was ihm oblag, wenn er sich zur Lieferung bereit erklärte und thatsächlich erfüllungsbereit war. Diese Erfüllungsbereitschaft des Klägers bestand, wenn die Zeche bereit und im Stande war, auf Anweisung des Klägers die Versandordres des Beklagten auszuführen. Der Beklagte,

der trotz wiederholter Aufforderung und bestehender Erfüllungsbereitschaft das monatliche Kohlenquantum nicht abnahm und am nächsten Zahlungstermine nicht bezahlte, gerieth damit in Zahlungsverzug und gab hierdurch dem Kläger das Recht, gemäss Art. 354 HGB statt der Erfüllung Schadenersatz von ihm zu fordern. Diese rechtliche Stellung der Parteien erlitt dadurch keine Aenderung, dass die Zeche dem Kläger gegenüber zum Selbsthilfeverkaufe schritt. Hierdurch wurde der Kläger zwar ausser Stand gesetzt, auf vertragsmässiger Erfüllung des Lieferungsgeschäftes zu bestehen, aber nicht gehindert, Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen und, wie oben ausgeführt, seine Schadenrechnung auf den bei dem Zwangsverkaufe erzielten Erlös zu gründen.

Wenn der Berufungsrichter sich zur Begründung seiner Ansicht auf § 271 ALR I. 5 und § 221 I. 11 ALR beruft, so übersieht er, dass das HGB die Rechte des Verkäufers dem im Zahlungsverzuge befindlichen Käufer gegenüber erweitert und ihm neben dem Rechte auf Erfüllung das Recht gewährt, statt der Erfüllung Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu beanspruchen.

CLXII.

Der Käufer ist berechtigt, die Waare zu redhibiren, wenn sie eine grössere Menge minderwerthiger Beimischung enthält, als die Probe.

E. v. 1. Juni 1892. — (Bd. XXIX, Seite 86.)

Die Beklagte in Hamburg hat an die Klägerin in Stockholm 200 Centner deutschen Rothklee nach Probe verkauft, der Klägerin nach Gothenburg geliefert und über den Kaufpreis ein von der Klägerin demnächst eingelöstes Accept über 7880 M. erhalten, die Klägerin aber die Sendung sodann als nicht probemässig zur Disposition gestellt und auf Rückzahlung des Kaufpreises nebst Unkosten, Lagergeld, Spesen und auf Schadenersatz geklagt. Die Klage ist in beiden Instanzen abgewiesen, auf die Revision der Klägerin aber das Berufungsurtheil aufgehoben und die Beklagte verurtheilt worden, gegen die in Stockholm zu bewirkende Rückgabe der gelieferten 200 Centner (80 Säcke) Kleesaat an Klägerin 7880 M. sammt Zinsen zu zahlen und die der Klägerin aus der Lieferung und Lagerung dieser 200 Centner erwachsenen Kosten sowie den Schaden zu erstatten, welcher der Klägerin dadurch erwachsen ist, dass ihr die 200 Centner nicht in einem Mischverhältnisse von 75 Percent Rothklee zu 25 Percent Gelbklee geliefert sind. Zur Feststellung der Höhe der Kosten und Schäden ist die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen worden. Aus den

Gründen:

Das Berufungsgericht nimmt als feststehend an, dass diejenige Probe, nach welcher Beklagte der Klägerin verkauft hat, eine grosse

Beimischung von Gelbklee enthielt, und dass der Procurist B, welcher den Handel für die Klägerin abschloss, diese Thatsache erkannte und einwilligte, gerade diese durch den echten Inhalt der Probedüte repräsentirte Waare als deutschen heidefreien Rothklee zu kaufen.

Das Berufungsgericht stellt sodann auf Grund der Verhandlungen thatsächlich fest, dass nach der für glaubwürdig erachteten Aussage des Zeugen E. für die Probe im Geschäfte der Beklagten ein Gehalt von 25 Percent Gelbklee auf 75 Percent Rothklee bestimmt war, und dass nach der vertrauenswerthen Angabe des Zeugen O. die Abnehmer dieser in gewissen Gegenden Schwedens beliebten Probe nicht mehr als 25 Percent wünschten.

Das Berufungsgericht hat daraus die Ueberzeugung geschöpft, dass die Beimischung in der nicht mehr vorhandenen Probe, nach welcher gehandelt ist, 25 Percent Gelbklee, etwas mehr oder weniger, betrug. Diese Feststellung lässt sich nicht dahin verstehen, dass das Berufungsgericht hätte unbestimmt lassen wollen, ob nicht die Probe um ganze Percente von der bestimmungsmässigen Mischung von 75 : 25 Percent abgewichen wäre. Das würde der von dem Berufungsgerichte selbst für massgebend erachteten Thatsache widersprechen, dass in Schweden, wo eine Samencontrole besteht, welche das Mischungsverhältniss ziffermässig genau festzustellen in der Lage ist, ein höherer Percentgehalt als 25 Percent Zusatz von Gelbklee nicht gewünscht wird. Jene Unbestimmtheit lässt sich im Sinne der berufungsgerichtlichen Feststellung vielmehr nur dahin verstehen, dass die Probe das gewollte Verhältniss von 75 Percent zu 25 Percent wiedergab, so weit die Herstellung eines solchen Verhältnisses sich in der Weise, wie Proben im Handel hergestellt werden, überhaupt erzielen lässt. Da überdies die Verkäuferin eine solche Probe, welche keinen höheren Zusatz als 25 Percent Gelbklee enthielt, herstellen wollte; und da nach der thatsächlichen Feststellung des Berufungsurtheiles die Käufer in Schweden nicht wünschen, dass die Waare einen höheren Zusatz erhält, so darf man bei Beurtheilung des vorliegenden Rechtsfalles davon ausgehen, dass die Probe mit dem Verhältnisse der Mischung von 75 zu 25 massgebend war, soweit sich solches Verhältniss — bei der geflissentlichen Herstellung dieser Mischung — überhaupt erzielen und innehalten lässt. Dass sich nun ein solches Verhältniss annähernd herstellen lässt, darf von vorneherein nicht bezweifelt werden, wird aber auch von den Sachverständigen bestätigt, deren Gutachten das OLG nicht beanständet hat. Dieselben bekunden: Beim Verkaufe einer Mischung von 28 Percent Gelbklee zu 70 Percent Rothklee und 2 Percent Bruch u. dgl. nach Schweden riskire man Unannehmlichkeiten. Steht nun aber das Mischungsverhältniss von Rothklee zu Gelbklee, wie es die Kaufprobe darstellte und darstellen sollte, objectiv fest, so ist es, da es sich bei diesem Streite nicht um die sonstigen Qualitäten der gelieferten

Waare, sondern nur um das Mischungsverhältniss handelt, für die Vergleichung von Probe und Waare ganz gleichgiltig, ob die Kaufprobe vorliegt oder nicht. Das, was durch die Probe in dieser Richtung nachgewiesen werden soll, bedarf ja keines Beweises mehr. Deshalb können die Ausführungen des Berufungsurtheiles über die Beweislast bei nicht vorgelegter Probe und über Das, was der Käufer fordern könne — Waare mittlerer Art und Güte — wenn die Probe nicht mehr zu beschaffen ist, völlig auf sich beruhen. Die Ausführungen der Revisionsbeklagten, dass eine Mischwaare verkauft sei, und dass es bei solchem Sachverhalte auf die genaue Innehaltung des Mischverhältnisses nicht ankomme, sind ganz abwegig. Das Reichsgericht kann denselben in keiner Weise beitreten. Gerade wenn der Verkäufer darauf ausgeht, durch geflissentliche Beimischung eines minderwerthigen Zusatzes eine billigere Waare herzustellen, hat er allen Anlass, die Grenze nicht zu überschreiten, welche der Markt, auf dem er diese Mischwaare verkaufen will, innegehalten wissen will. Nun enthielt aber die gelieferte Waare nach der vom Berufungsgerichte für zuverlässig angenommenen, von der Beklagten nicht beanständeten Untersuchung in Schweden

65·51 Percent Rothklee (Trifolium pratense),
28·24 Percent Gelbklee (Medicago lupulina) einschliesslich von etwas Luzerne (Medicago sativa),
6·10 Percent beschädigte Saat von beiden Arten,
0·15 Percent Unkraut

100 Percent.

Auch wenn man die beschädigte Saat mit dem Berufungsrichter zwischen Rothklee und Gelbklee repartirt, enthielt die gelieferte Waare nach seiner Feststellung nur annähernd 70 Percent Rothklee und nicht ganz 30 Percent Gelbklee. Die gelieferte Waare entspricht also nicht der Probe, nach der verkauft ist. Denn sie durfte danach nicht mehr als 25 Percent mit einem geringfügigen Ueberschlage enthalten. Dass der thatsächliche Zusatz nicht um annähernd 20 Percent des nach der Probe zulässigen Zusatzes von diesem abweichen durfte, bedarf keiner besonderen Ausführung.

Hiernach war die Klägerin zur Ablehnung der gelieferten Waare berechtigt; sie durfte auch gegen Rückgabe der Waare in Stockholm, wohin ihr geliefert ist, Rückzahlung des Kaufpreises sammt Zinsen, Erstattung der gehabten Kosten einschliesslich der Lagerungskosten und Spesen sowie Schadenersatz fordern. Das Berufungsurtheil unterliegt daher, als auf Gesetzesverletzung beruhend, der Aufhebung. Freilich kann Klägerin den Schadenersatz nur auf der Basis fordern, dass ihr eine Waare zu liefern gewesen wäre, welche 75 Percent Rothklee und 25 Percent Gelbklee enthielt, nicht etwa auf der Basis, dass ihr eine Waare zu liefern

gewesen wäre, welche 75 Percent Rothklee und 25 Percent Gelbklee enthielt, nicht etwa auf der Basis, dass ihr eine Waare zu liefern gewesen wäre, welche gar keinen oder nur einen geringen Percentsatz Gelbklee enthalten hätte. Von diesen Ansprüchen ist der auf Rückzahlung des Preises sammt Zinsen schon jetzt liquid; soweit lässt sich also auch ein die Sache erledigendes Endurtheil von dem Reichsgerichte fällen. Bezüglich der Kosten und des Schadenersatzes steht der Grund des Anspruches fest, aber noch nicht die Höhe. Die Feststellung der Höhe ist also dem weiteren Verfahren vor dem OLG vorzubehalten und insoweit die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Da die Beklagte nur Zahlung zu leisten braucht, wenn ihr die Rücknahme der nach Stockholm gelieferten Waare dort gewährt wird, und da die Klägerin das Recht hat, die Waare zurück zu behalten, bis sie wegen ihrer ganzen, jetzt noch nicht liquid gestellten Forderung befriedigt ist, so hat die Klägerin die Wahl, ob sie die Rückzahlung des Preises sammt Zinsen gegen Rückgabe der Waare schon jetzt betreiben will, indem sie den durch Ausübung eines Retentionsrechtes dann nicht gedeckten Anspruch auf Kosten und Schäden weiter verfolgt, oder ob sie die Betreibung bis dahin aussetzt, wo sie ihre ganze Forderung, soweit sie es vermag, liquid gestellt hat. Andererseits verbleibt der Beklagten die Wahl, zur Vermeidung weiteren Zinsenlaufes den Kaufpreis zurückzuzahlen, indem sie die Rücknahme der 200 Centner Waare bis dahin vertagt, wo über die Höhe der Kosten und Schäden entschieden ist. Selbstverständlich hat die Beklagte auch das Recht, unter Rückzahlung des Preises sammt Zinsen und Sicherstellung des Anspruches der Klägerin auf Kosten und Schaden, die Herausgabe der Waare zu fordern, um weitere Lagerkosten zu vermeiden, ohne dass dies in dem Tenor dieses U. besonders ausgesprochen zu werden braucht.

CLXIII.

1. Bei zwei gleichlautenden Firmen bildet der der einen Firma beigefügte Zusatz „in Liquidation“ kein hinreichendes Unterscheidungsmerkmal der beiden Firmen im Sinne des Art. 20, Abs. 2 HGB.

2. Eine thatsächlich erloschene, aber noch im Handelsregister eingetragene Firma bildet kein Hinderniss für die Eintragung einer gleichlautenden anderen Firma.

3. Der Inhaber einer noch bestehenden, früher eingetragenen Firma hat nach Art. 27 HGB dann kein Klagerecht auf Löschung der später eingetragenen gleichlautenden Firma, wenn er in die Führung der letzteren durch deren Inhaber eingewilligt hat.

E. v. 17. Juni 1892. — (Bd. XXIX, Seite 66.)

Zwischen den Klägern R. P. und H. J. P. und dem Beklagten K. W. bestand unter der Firma W. & P. eine offene Handelsgesellschaft für

künstlichen Dünger, Kalk, Zucker, Cement u. s. w. In Folge freundschaftlicher Verständigung der Gesellschafter wurde die Auflösung der Gesellschaft und deren Liquidation beschlossen und nach der Behauptung der Kläger vereinbart, dass am 30. Juni 1891 die Firma W. & P. erlöschen solle und von keinem Gesellschafter fortgeführt oder neu begründet werden dürfe. Auch wurde bestimmt, dass die Liquidation dieser Firma durch die bisherigen Gesellschafter erfolgen und bis zu deren Beendigung die Firma W. & P. mit dem Zusatze „in Liquidation" geführt werden solle. Mit Rücksicht auf diese Vereinbarung wurde die Firma W. & P. am 30. Juni 1891 im Firmenregister zu B. gelöscht und die Liquidationsfirma eingetragen. Inzwischen hat der Beklagte K. W. mit dem Beklagten H. P. eine neue Handlung in Düngemitteln, Kalk, Cement und Zucker errichtet. Hiefür ist die Firma W. & P. angenommen, auch schon am 25. Juni 1891 in das Firmenregister zu B. eingetragen worden. Auch haben die Beklagten mittelst Circulares vom 1. Juli 1891 die Begründung der neuen Firma W. & P. angezeigt.

Die Kläger halten die Beklagten nicht für berechtigt, die neue, von der obenerwähnten Firma „W. & P. in Liquidation" nicht hinreichend zu unterscheidende Firma zu führen, und haben daher gegen die Beklagten Klage erhoben mit dem Antrage, dieselben zur Löschung der Firma W. & P. im Firmenregister zu verurtheilen und sie für nicht berechtigt zu erklären, sich dieser Firma zu bedienen. Die Beklagten beantragten die Abweisung der Klage. Beide Instanzen haben nach dem Klageantrage erkannt. Auf Revision wurde das U. des OLG aufgehoben aus folgenden

Gründen:

Die Revision musste für begründet erachtet werden.

Die Kläger, welche Theilhaber der im Handelsregister unter der Firma „W. & P. in Liquidation" eingetragenen offenen Handelsgesellschaft sind, verlangen von den Beklagten als Inhabern der später am selben Orte eingetragenen Firma W. & P. auf Grund der Art. 20, 27 HGB die Löschung dieser Firma, weil dieselbe sich von der früher eingetragenen klägerischen Firma nicht deutlich unterscheide. Die Beklagten haben dem Klageanspruche drei Einwendungen entgegengesetzt: 1. ihre eigene Firma unterscheide sich hinreichend von der Firma der Kläger, weil die letztere den Zusatz „in Liquidation" trage; 2. die Liquidation der klägerischen Firma sei beendigt, die Handelsgesellschaft bestehe also thatsächlich nicht mehr und könne deshalb auch auf Grund der Art. 20, 27 a. a. O. nicht klagen; 3. die Kläger hätten sich schon früher ausdrücklich mit der Führung der Firma W. & P. durch die Beklagten einverstanden erklärt.

Den ersten Einwand der Beklagten hat das OLG für zutreffend erklärt, weil der der zuerst eingetragenen Firma beigefügte Zusatz „in

Liquidation“ keine genügende Unterscheidung von der im Uebrigen gleichlautenden Firma der Beklagten im Sinne des Art. 20 bilde, und dieser Ansicht muss beigepflichtet werden. Der Zusatz, dessen Beifügung der Abs. 2 daselbst zu der neueingetragenen, im Uebrigen gleichlautenden Firma verlangt, muss als wirklicher Theil der Firma selbst erscheinen. Der Zusatz „in Liquidation“ berührt aber die Firmenbezeichnung selbst nicht, sondern deutet nur an, dass bezüglich der unverändert bleibenden Firma ein rechtlicher Zustand eingetreten ist, der wegen seiner grossen Bedeutung für die Verhältnisse der Firma der Vorschrift gemäss im Handelsregister vermerkt werden musste. Es kann demnach auch die Thatsache, dass die zuerst eingetragene Firma den fraglichen Zusatz erhalten hat, nicht den Erfolg haben, dass hierdurch ein dem Gesetze genügendes Unterscheidungsmerkmal zwischen den beiden in Rede stehenden Firmen als gegeben anzusehen sei.

Was den zweiten Einwand betrifft, so führt das OLG zunächst aus, dass, so lange eine bestimmte Firma im Handelsregister eingetragen sei, eine neue Firma mit gleicher Bezeichnung überhaupt nicht eingetragen werden dürfe, ohne Rücksicht darauf, ob die ältere Firma thatsächlich noch bestehe, d. h. ob das Handelsgeschäft, welches die Firma führt, ein noch wirklich bestehendes oder ein thatsächlich erloschenes Geschäft sei. Es gehöre der öffentlichen Ordnung an, dass unter diesen Umständen die neue gleichlautende Firma überhaupt nicht eingetragen werden dürfe. Deshalb sei es Sache Dessen, der die neue Eintragung verlange, zunächst die Löschung der alten Firma, nöthigenfalls im Wege der Klage, zu erwirken.

Diese Auffassung ist nicht zu billigen. Eine Firma, welche thatsächlich erloschen ist, bildet, wenn sie auch noch im Handelsregister eingetragen ist, kein Hinderniss für die Eintragung einer neuen gleichlautenden Firma, und es widerstreitet keineswegs der öffentlichen Ordnung, dass der Registerrichter eine solche Firma einträgt, nachdem er sich überzeugt hat, dass das Geschäft, welches die noch eingetragene Firma führte, nicht mehr besteht. Die Richtigkeit dieser Auffassung ergibt sich aus dem Wortlaute des Art. 20, Abs. 1 HGB, welcher besagt: „Jede neue Firma muss sich von allen an demselben Orte oder in derselben Gemeinde bereits bestehenden und in das Handelsregister eingetragenen Firmen deutlich unterscheiden“. Das Bestehen einer Firma wird nicht durch die blosse Thatsache bewiesen, dass dieselbe im Handelsregister eingetragen ist. So wenig wie in seiner Entstehung ist das Firmenrecht in seinem Erlöschen durch die Eintragung bedingt. Die Gründe des Erlöschens der Firma gibt das HGB nicht an. Die Firma erlischt unbedingt mit dem Handelsgeschäfte, dessen Name sie ja nur ist; sie hat, wenn auch einen selbstständigen Werth, doch keine selbstständige Existenz. Hat also ein Handelsgeschäft dadurch, dass es thatsächlich den Geschäftsbetrieb defi-

nitiv aufgegeben hat, zu bestehen aufgehört, so ist es mit der Firma, die es geführt hat, erloschen, und daran ändert auch die Thatsache nichts, dass die Löschung der Firma im Handelsregister aus dem einen oder anderen Grunde nicht erfolgt sein mag. Der Art. 25 HGB schreibt vor, dass das Erlöschen einer Firma beim HG anzumelden ist, und nach Art. 26 daselbst sollen die Betheiligten zur Befolgung dieser Vorschrift von Amtswegen durch Ordnungsstrafen angehalten werden. Für den Fall, dass Betheiligte nicht vorhanden sind, oder durch dieselben die Löschung nicht herbeigeführt werden kann, fehlte es im HGB an einer Bestimmung, welche die Löschung nicht mehr bestehender Firmen ermöglichte. Diese Lücke ist durch das Reichsgesetz, betreffend die Löschung nicht mehr bestehender Firmen und Procuren im Handelsregister, vom 30. März 1888 in der Weise ausgefüllt worden, dass nunmehr das Erlöschen solcher Firmen von Amtswegen eingetragen werden soll. Alle diese Bestimmungen über die zu bewirkende Löschung fliessen aber aus dem Gedanken, dass thatsächlich erloschene Handelsgeschäfte und Firmen als solche vor dem Gesetze überhaupt nicht mehr anerkannt werden, wenn auch formell ihre Eintragung im Register noch besteht.

Wenn nun auch das OLG bezüglich der in Rede stehenden Frage offenbar von einer unrichtigen Rechtsansicht ausgegangen ist, so hat es doch auch in seinem Urtheile zugleich festgestellt, dass die zuerst eingetragene Firma W. & P. ihre Liquidation noch nicht beendet habe, dass also die Firma thatsächlich noch nicht erloschen sei. Wäre diese Feststellung ohne Rechtsirrthum erfolgt, so würde der betreffende Einwand der Beklagten sich allerdings als zutreffend erweisen, und den Klägern würde an und für sich der Art. 20 zur Seite stehen. Jene Feststellung gibt nun zwar zu rechtlichen Bedenken Anlass. Wenn man nämlich berücksichtigt, dass die Parteien selbst in dem über die Auflösung der älteren Gesellschaft abgeschlossenen Vertrage vom 29 Juni 1891 erklärt haben, „die Liquidation sei als beendet anzusehen, sobald alle gemeinschaftlichen Passiva bezahlt seien“, dass auch, wie das Gericht selbst annimmt, die Passiva wirklich sämmtlich bezahlt sind, dass aber die etwa noch ausstehende Auseinandersetzung in Betreff der Activen unter den drei Theilhabern wird erfolgen können, ohne eine weitere Geschäftsführung und ein Auftreten der Firma nach aussen erforderlich zu machen, so erscheint es fraglich, ob die Auslegung, welche das OLG obigem Vertrage gegeben hat, mit der gesetzlichen Dispositionsbefugniss der Theilhaber der Gesellschaft und dem Begriffe der Liquidation verträglich ist. Jedoch kann diese Frage dahingestellt bleiben, da der dritte Einwand der Beklagten vom OLG ebenfalls unrichtig beurtheilt ist, und der in dieser Beurtheilung ersichtliche Rechtsirrthum unter allen Umständen zur Aufhebung des U. führen muss.

Diesen Einwand, dass die Kläger schon vor dem Vertrage vom 29. Juni 1891 sich mit der Führung derselben Firma durch die Beklagten

einverstanden erklärt hätten, hält das U. für bedeutungslos und unbeachtlich, weil eine derartige Vereinbarung der Parteien der öffentlichen Ordnung zuwiderlaufe. Diese schreibe nach Art. 20 HGB vor, dass zwei gleichlautende Firmen überhaupt nicht in das Handelsregister eingetragen werden sollen. Die zweite Firma habe daher im Interesse der öffentlichen Ordnung nicht eingetragen werden dürfen. Eine entgegenstehende Vereinbarung der Parteien könne nicht zu einem Resultate führen, welches das Gesetz untersage. Deshalb erscheine die fragliche Vereinbarung rechtsunwirksam. Das ist der zweifellose Sinn der Gründe des OLG, wie sich insbesondere auch aus der ausgesprochenen Billigung der Gründe des ersten Richters ergibt. Diese Auffassung beruht jedoch auf einer unrichtigen Anwendung des Art. 27 HGB und einer missverständlichen Beurtheilung des durch diesen Artikel der Privatperson gewährten Klagerechtes im Verhältnisse zu den im öffentlichen Interesse vom HG selbst zu beobachtenden Vorschriften über Eintragung und Löschung der Firmen (Art. 19, 21, 25, 26 HGB). Die Privatklage aus Art. 27 hat mit der öffentlichen Ordnung überhaupt nichts zu thun. Dieser Artikel gewährt Demjenigen eine Klage, der „durch den unbefugten Gebrauch einer Firma in seinen Rechten verletzt ist". Ob und wann Jemand in seinen Rechten verletzt sei, ist nach allgemeinen civilrechtlichen Grundsätzen zu beurtheilen. Hat hiernach Derjenige, welchem einer bestimmten Person gegenüber ein Recht zusteht, vertraglich auf dieses Recht verzichtet, so kann er es der betreffenden Person gegenüber nicht ferner geltend machen, und er ist in seinen Rechten nicht verletzt, wenn der Andere von dem Verzichte des bisher Berechtigten Gebrauch macht. Ausnahmen kommen nur da vor, wo das Gesetz es untersagt, gewisse Rechte aufzugeben oder auf dieselben zu verzichten. Solche Fälle sind aber in den Gesetzen selbst bestimmt, und von einer derartigen Bestimmung ist für den vorliegenden Fall keine Rede. Die Rechtsverletzung, welche nach Art. 27 eine nothwendige Voraussetzung der Klage ist, kann auf den verschiedenartigsten Ursachen beruhen, und es besteht kein rechtlicher Grund, sie anders zu beurtheilen als jede sonstige im Civilrechte vorkommende Rechtsverletzung, welche durch freie Vereinbarung der betheiligten Personen beseitigt und ausgeschlossen werden kann. Die irrige Ansicht des OLG beruht auch lediglich auf der schon oben angedeuteten unzulässigen Hereinziehung der nur im Interesse der öffentlichen Ordnung vom Registerrichter zu nehmenden Rücksichten in das hier allein in Frage stehende Privatrechtsverhältniss unter den Parteien. Die ersteren liegen auf einem ganz anderen Felde. Für den Registerrichter ist allerdings eine Vereinbarung der Parteien, welche eine Eintragung im Handelsregister gegen die Vorschriften des HGB zu ermöglichen sucht, nicht vorhanden, weil sie die im Interesse der öffentlichen Ordnung gegebenen Bestimmungen nicht abändern kann; aber sobald es sich um eine Klage der Partei auf Grund des Art. 27

handelt, wird das Gebiet der öffentlichen Ordnung verlassen und das des Privatrechtes betreten, welches allein für den Begriff der Rechtsverletzung massgebend bleibt.

Dass vorstehende Auffassung dem Sinne des HGB entspricht, ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte der einschlagenden Bestimmungen desselben. Bei Berathung des dritten Titels des ersten Buches wurde ausgesprochen, dass das durch den Art. 27 gewährte Privatrecht nicht ausreiche, um die Vorschriften über Annahme und Führung der Firmen zur Durchführung zu bringen. Es wurde dabei hervorgehoben, dass weder durch jede falsche Firmenführung eine Verletzung fremder Rechte stattfinde, noch in denjenigen Fällen, in welchen eine solche vorliege, die Zulassung einer Privatklage die nöthige Garantie biete für Aufrechterhaltung der im öffentlichen Interesse zu erlassenden Bestimmungen. Eine im preussischen Entwurfe vorgesehene Strafbestimmung wegen Führung falschen Namens wurde nicht in das Gesetzbuch aufgenommen. Dagegen wurde die Ausdehnung der Befugniss und Verpflichtung der HG, mit Ordnungsstrafen einzuschreiten, auch auf diesen Fall beschlossen.

Wenn hiernach der Privatklage jede Berechtigung abgesprochen werden muss, so lange nicht der Kläger eine Verletzung seiner Rechte nachweisen kann, so ist allerdings die Möglichkeit gegeben, dass in durchaus unzulässiger Weise zwei gleichlautende Firmen im Handelsregister eingetragen bleiben, ohne dass die Löschung der mit Unrecht eingetragenen bewirkt werden kann. Allein dieser ebenfalls wieder dem Gebiete der öffentlichen Ordnung angehörende Gesichtspunkt kann dem nichtverletzten Kläger den fehlenden Klagegrund nicht ersetzen.

Nach Vorstehendem unterliegt das Berufungsurtheil der Aufhebung, weil der zum dritten Einwande von den Beklagten gestellte Beweisantrag als unerheblich übergangen ist. Da die Sache nicht spruchreif ist, musste die Zurückweisung derselben in die Berufungsinstanz erfolgen.

CLXIV.

Der Procurist einer Handelsgesellschaft ist den Gesellschaftern gegenüber zur Rechnungslegung nur dann verpflichtet, wenn und insoweit er selbstständig Geschäfte der Gesellschaft betrieben und über das Gesellschaftsvermögen verfügt hat.

E. v. 29. October 1892. — (Bd. XXX, Seite 18.)

Der Beklagte war von 1882 bis 1888 Procurist und demnächst Theilhaber der im November 1890 in Liquidation gegangenen offenen Handelsgesellschaft Gebrüder G. Während der Liquidation haben die Gesellschafter gegen ihn auf Rechnungslegung über alle Einnahmen und Ausgaben für die Firma Gebrüder G. seit dem 25. November 1882 ge-

klagt. Das der Klage entsprechende Berufungsurtheil ist aufgehoben worden aus nachfolgenden

Gründen:

Unbegründet ist das bereits in der Berufungsinstanz vorgetragene, von der Revision wiederum geltend gemachte Bedenken gegen die Activlegitimation der Kläger, welches darauf gestützt ist, dass die Handelsgesellschaft Gebrüder G. sich im November 1890 aufgelöst hat und in Liquidation getreten ist. Der von den Klägern erhobene Anspruch betrifft, soweit er sich auf die genannte Firma bezieht, die Auseinandersetzung der Gesellschafter, ist mithin zufolge Art. 142, Abs. 2 HGB, unter den Mitgliedern der früheren Handelsgesellschaft Gebrüder G. zum Austrage zu bringen. Der Umstand, dass die Gesellschaft in Liquidation getreten und der Kaufmann N. zum Liquidator bestellt ist, steht dem Anspruche auf Rechnungslegung nicht entgegen; vielmehr ist ersichtlich, dass der Fortgang der Liquidation wesentlich von der E. über diesen Anspruch abhängt.

Berechtigt ist dagegen die Beschwerde, dass die Gründe, aus denen Beklagter zur Rechnungslegung verurtheilt ist, bezüglich des ersten Theiles des Klagsanspruches auf einer unrichtigen Rechtsauffassung beruhen.

In Betreff der Einnahmen und Ausgaben für die Firma Gebr. G. haben die Parteien in der Berufungsinstanz vorzugsweise darüber gestritten, ob dem Beklagten die Pflicht zur Rechnungslegung in der generellen Weise, wie im Berufungsurtheile geschehen, aufzuerlegen sei, oder ob nur Rechenschaft über einzelne, klägerischerseits bestimmt zu bezeichnende Geschäfte von ihm gefordert werden könne. Wie gegenwärtig feststeht, hat Beklagter am 25. Februar 1882 Procura für die Firma Gebrüder G. erhalten und ist im Jahre 1888, nach dem Tode seiner Mutter, der Witwe Therese G., thatsächlicher, wenn auch nicht eingetragener Theilnehmer des Gesellschaftsgeschäftes geworden. Nach den erstinstanzlichen Behauptungen der Kläger hat Beklagter seit 1882 die gesammte Geschäftsführung, insbesondere die Casse, allein gehabt und alle Gelder vereinnahmt. In der Berufungsinstanz haben die Kläger diese Behauptung anscheinend nicht in vollem Umfange aufrechterhalten wollen, sind aber, wie aus dem Zusammenhange ihrer im Thatbestande des Berufungsurtheiles mitgetheilten Auslassungen zu entnehmen ist, dabei verblieben, dass Beklagter in der gedachten Zeit den Hauptbestandtheil des Geschäftsbetriebes besorgt und jedenfalls in selbstständiger Weise die Geschäfte der Gesellschaft geführt und über die Cassenbestände verfügt habe. Vom Beklagten ist dagegen in I. J. behauptet, dass die Geschäfte der Gesellschaft bis zum December 1882 von G. G., von da an bis 1886 von J. G. geführt seien; seit 1886 sei Beklagter zwar als Procurist an der Geschäftsführung betheiligt gewesen; J. G. aber habe bis zu seinem am 21. März 1890 erfolgten Tode die Bücher der Gesellschaft geführt und die Gelder eincassirt, die Leitung der Geschäfte also im Wesentlichen in seiner Hand gehabt.

In der Berufungsinstanz hat Beklagter zugestanden, dass er ebenfalls für die Gesellschaft Geschäfte gemacht, Gelder eingenommen und verausgabt habe, bestreitet aber wiederholt, eine selbstständige Thätigkeit ausgeübt zu haben, und will nur wie ein Cassierer unter einem Principale gearbeitet haben. Die Handelsbücher seien vor dem Tode des J. G. nie in seinen Besitz gekommen. Von den ab und zu in Empfang genommenen Zahlungen habe er dem J. G. jedesmal Mittheilung gemacht, der dann die Eintragung in die Bücher übernommen habe. Das Geld habe entweder J. G. erhalten, oder es sei direct zur Bezahlung von Geschäftsschulden verwendet worden. Bis 1885 will Beklagter überhaupt keine Zahlungen für die Gesellschaft entgegengenommen haben.

Das angefochtene U. legt entscheidendes Gewicht darauf, dass Beklagter die Stellung eines Procuristen im Geschäftsbetriebe der Gesellschaft eingenommen hat. „Als Procurist“, heisst es in den Entscheidungsgründen des Berufungsurtheiles, „war er zu allen in einem Handelsgewerbe überhaupt vorkommenden Handlungen ermächtigt; er arbeitete selbstständig, nicht, wie er hervorhebt, unter einem Principal gleich einem Cassierer, sondern weit mehr neben dem Principal mit fast denselben Befugnissen.“ Hieraus ist gefolgert worden, dass Beklagter, um sich gegen den Anspruch auf Rechnungslegung zu sichern, jedes Jahr über die Geschäfte für die Firma hätte Rechnung legen und, wenn er die angeblich von J. G. allein geführten Bücher niemals zu Gesichte bekam, für sich über seine Geschäfte hätte Buch führen müssen. Diese Auffassung ist auch hinsichtlich der Zeit nach 1886 für durchgreifend erachtet worden, da die Stellung des Beklagten durch seinen Eintritt als Gesellschafter nicht wesentlich verändert sei.

Die mitgetheilten Erwägungen verkennen die Bedeutung der Procura. Dieselbe stellt sich Dritten gegenüber allerdings als eine sehr weitgehende Ermächtigung zur Vornahme von Rechtshandlungen dar, die vom Principale nicht beschränkt werden kann; sie besagt aber nichts über die Stellung, welche der Procurist bezüglich der Geschäftsführung im Verhältnisse zum Principale einnimmt. Die Befugniss, geschäftliche Dispositionen zu treffen, kann dem Procuristen ganz entzogen, wie auch mehr oder minder eingeschränkt sein; er kann hierbei in grösserer oder geringerer Abhängigkeit vom Principale stehen; der Umfang der ihm durch das Gesetz gewährten Vollmacht wird dadurch nicht berührt. Der Schluss, der im Berufungsurtheile aus der Ernennung des Beklagten zum Procuristen auf die ihm zustehende Selbstständigkeit bei Führung der Gesellschaftsgeschäfte gezogen wird, kann demnach nicht für zutreffend erachtet werden. In dieser Hinsicht bedarf es einer Prüfung des thatsächlichen Verhältnisses, in welchem der Beklagte zur Gesellschaft gestanden hat.

Zu der von den Klägern verlangten Rechnungslegung ist Beklagter nur verpflichtet, wenn und insoweit er selbstständig Geschäfte der Gesell-

schaft betrieben und über das Gesellschaftsvermögen verfügt hat. Nur insoweit diese Voraussetzung zutrifft, ist seine Thätigkeit als eine Verwaltung im Sinne des Gesetzes (I. 14. Abschn. 2 ALR) anzusehen. Nur unter dieser Voraussetzung enthält auch die Annahme des Berufungsgerichtes, dass Beklagter, um sich gegen den Anspruch auf Rechnungslegung zu schützen, jährlich hätte Rechnung legen und, falls ihm die Handlungsbücher der Gesellschaft nicht zugänglich waren, selbst über die für die Gesellschaft gemachten Einnahmen und Ausgaben hätte Buch führen müssen, keine unbillige Zumuthung. Hat dagegen Beklagter, wie er behauptet, eine derartige selbstständige Thätigkeit nicht ausgeübt, vielmehr unter ständiger Controle des die Geschäfte leitenden Gesellschafters sich befunden, so kann keine generelle Rechnungslegung von ihm gefordert werden. Die von den Instanzrichtern in Bezug genommene Bestimmung des § 61 ALR I. 13 führt in diesem Falle höchstens dazu, den Beklagten zur Rechenschaft über einzelne speciell zu bezeichnende Geschäfte für verpflichtet zu erachten. . . . .

CLXV.

Bedeutung der in einem Kaufvertrage über „schwimmendes Getreide" festgesetzten Abladezeit.

E. v. 1. November 1892. — (Bd. XXX, Seite 59.)

Aus den

Gründen:

Nach dem Gutachten der Handelskammer zu Mannheim ist die Clausel, durch welche eine verkaufte Schiffsladung Getreide als „schwimmend seit ungefähr einem Tage" bezeichnet wird, sowohl für Holland als für Deutschland dahin zu verstehen, dass das betreffende Schiff mit einem Spielraume von nur einem bis zwei Tagen vor jenem Termine bereits auf der Fahrt sich befinde. Dieselbe wird zugleich als wesentlicher Bestandtheil des Vertrages und als Vereinbarung einer bestimmten mit einem Spielraume von einigen Tagen garantirten Abfahrtszeit betrachtet, so dass der Käufer an den Vertrag nicht gebunden ist, wenn die Thatsache des Schwimmens in dem vom Verkäufer behaupteten Sinne als unrichtig sich erweist. Mit Rücksicht auf diese Auskunft hat der Berufungsrichter die Einrede der Beklagten, dass sie nach allgemeinem Handelsgebrauche bei der vorliegenden Nichtübereinstimmung des wirklichen Herganges bei der Verladung des streitigen Roggens mit der ihr ertheilten Zusicherung von dem Handel zurückzutreten befugt sei, für begründet erachtet. Er erwägt, dass, wenn eine Schiffsladung Getreide unter der erwähnten Clausel verkauft worden sei, hierin eine wesentliche Vertragsbedingung, die Vereinbarung über eine festbestimmte Abfahrtszeit gefunden werden müsse. Sei

die ertheilte Zusicherung nicht richtig, so könne der Käufer nach Analogie der Bestimmungen über das Fixgeschäft vom Vertrage abgehen. Dieses Recht stehe im vorliegenden Falle auch der Beklagten zu, da die erkaufte Quantität Roggen nicht, wie im Schlussscheine zugesagt worden ist, seit ungefähr dem 20. April auf Rotterdam schwimmend gewesen, sondern höchstens am 28. April von Taganrog abgegangen sei. Ob die Klägerin selbst zur Zeit des Vertragsschlusses von der Abfahrtszeit des Dampfers Kenntniss gehabt habe, sei unerheblich; denn das Rücktrittsrecht des Käufers gründe sich nicht auf eine Täuschung durch den anderen Contrahenten, sondern darauf, dass objectiv die vertragsmässig bestimmte Zeit nicht eingehalten worden sei. Offenbar habe das Interesse, welches im Getreidehandel daran bestehe, über die Abfahrtszeit der Waare genau unterrichtet zu sein, die Aufnahme der Clausel in die Schlussscheine und deren strenge Auslegung veranlasst.

Mit Unrecht greift Klägerin diese E. wegen Verletzung der Grundsätze über das Fixgeschäft an. Allerdings liegt ein derartiges Geschäft im Sinne des Art. 357 HGB nicht vor. Denn nicht die Lieferung der verkauften Waare sollte innerhalb eines festbestimmten Zeitraumes erfolgen, sondern es war deren Abladung zu einer annähernd bestimmten Zeit garantirt, so zwar, dass sich der Dampfer „Elfie“ etwa am 20. April 1890 auf der Seereise befinden musste und dessen Ankunft in Rotterdam, wenn auch nicht mit Sicherheit, doch nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge mit Wahrscheinlichkeit zum voraus berechnet werden konnte. Allein der Berufungsrichter redet auch nur von einer analogen Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen über Fixgeschäfte, und diese Vergleichung ist für zutreffend zu erachten, weil dort die Erfüllungszeit des Vertrages, hier die garantirte Abladezeit die ihr sonst in der Regel fremde Bedeutung einer wesentlichen Eigenschaft der Leistung hat. Von der Nothwendigkeit der Gestattung einer Nachschrift kann unter solchen Umständen keine Rede sein.

Begründet ist dagegen der eventuelle, auf die Verwerfung der Replik des Dolus sich beziehende Revisionsangriff. Klägerin hat sich dem Einredevorbringen der Beklagten gegenüber unter Eidesantrag darauf berufen, dass der Firma J. & Co zu Frankfurt a. M. von der ihr am 10. Mai 1890 gewordenen Mittheilung, dass der Dampfer „Elfie“ mit Connossement vom 28. April am 3. Mai Constantinopel passirt habe, die Beklagte sofort in Kenntniss gesetzt, diese aber bis zum 26. Mai geschwiegen habe. Dieser Einwand ist von dem Berufungsgerichte deshalb zurückgewiesen worden, weil die Möglichkeit nicht ausgeschlossen gewesen sei, dass Klägerin ihre Pflicht zur Lieferung des verkauften Genus ungeachtet des verspäteten Abganges des Dampfers noch rechtzeitig habe erfüllen können, überdies auch nicht behauptet werde, dass die Beklagte auf Kosten der Klägerin habe speculiren wollen, selbst aber, wenn dem so sein sollte,

die Beklagte innerhalb der Grenzen ihrer Befugnisse gehandelt und nicht wider Treu und Glauben verstossen habe.

Nun kann zwar der Revisionsklägerin darin nicht beigetreten werden, dass hier ein Specieskauf geschlossen worden sei. Unbestritten war nur ein Theil des in den Dampfer „Elfie“ abgeladenen Roggens nach Gewicht verkauft, und zwar ein solcher, der erst nach Ankunft des Schiffes in Rotterdam zur Weiterbeförderung nach Oberlahnstein ausgeschieden werden sollte. Gegenstand des Vertrages war also eine nur generisch bestimmte Quantität Roggens aus einem räumlich abgegrenzten Ganzen. Allein auf die E. der vorliegenden Frage ist dieser Punkt ohne allen Einfluss, da es sich nicht um die Tragung der Gefahr — des Unterganges oder der Verschlechterung der Waare — handelt, und die Klägerin weder versucht hat, der Beklagten die Lieferung anderen als mit dem Dampfer „Elfie“ verschifften Roggens anzubieten, noch auch nach Inhalt des Vertrages dazu berechtigt gewesen wäre.

Rechtsirrthümlich sind aber die übrigen Erwägungen des angefochtenen E. Die blosse Möglichkeit einer rechtzeitigen Ankunft des Dampfers am Bestimmungsorte kann nicht in Betracht kommen, nachdem derselbe in Wirklichkeit — nach einer regelmässig verlaufenen Fahrt — erst acht Tage später dort eingetroffen ist. Gesteht man sodann dem Käufer mit Bezug auf die als stillschweigend vereinbart geltenden Geschäftsbedingungen das Recht des Rücktrittes vom Vertrage selbst bei einer nur geringfügigen Abweichung von der garantirten Abfahrtszeit des Schiffes zu, so muss man auch an den Käufer die Anforderung stellen, dass er nach erlangter Kenntniss von der verspäteten Verschiffung der Waare dem Verkäufer sofort erklärt, dass er vom Vertrage abgehe. Hierauf führen, wie das vormalige Reichsoberhandelsgericht mit Recht erwogen hat, die Analogie der Art. 347, 357 HGB und die Betrachtung, dass das Stillschweigen eines Contrahenten ihm im Handelsverkehre dann zum Nachtheile gereicht, wenn die zurückgehaltene Mittheilung geeignet war, die ferneren Schritte des anderen Contrahenten zu bestimmen. Ohne Zweifel hatte aber die Klägerin gerade im gegenwärtigen Falle ein besonderes Interesse an der unverzüglichen Geltendmachung des der Beklagten zustehenden Rücktrittsrechtes. Nach der eigenen Sachdarstellung der Beklagten unterlagen die Preise für russischen Roggen zur kritischen Zeit erheblichen Schwankungen. Lehnte daher die Beklagte rechtzeitig den Empfang des Getreides ab, so konnte die Klägerin sofort anderweit bei dessen Ankunft in Rotterdam oder gar schon über die schwimmende Ladung verfügen. Ausserdem hatte sich die Klägerin zur frachtfreien Lieferung des erkauften Roggens nach Oberlahnstein verpflichtet, und es sind ihr dadurch, dass sie den Transport dorthin mit dem Schiffe „Vier Brüder“ bewerkstelligen liess, 787 M. Auslagen entstanden. Den durch diese Umladung entstandenen Schaden hätte die Beklagte nach den Grund-

sätzen über Treue und Glauben unter allen Umständen durch unverzügliche Anzeige von der Ausübung ihres Rücktrittsrechtes von der Klägerin abwenden müssen.

CLXVI.

Eine Ausstellerunterschrift ist auch in der Unterzeichnung eines Wechsels mit dem Zusatze: „Ich verpflichte mich als Selbstschuldner“ neben der Unterschrift einer anderen Person, die den Wechsel mit dem Zusatze „als Bürge“ gezeichnet hat, gelegen.

E. v. 9. November 1892. — (Bd. XXX, Seite 25.)

Die Beklagte wurde im Wechselprocesse auf Zahlung der Wechselsumme aus einem eigenen Wechsel in Anspruch genommen, der rechter Hand von ihr und einer zweiten Person mit dem Zusatze „als Bürge“, der gedruckt war, unterschrieben war, während ihr Ehemann den Wechsel linker Hand unter dem Vermerke unterschrieben hatte: „Die Wechselverpflichtung meiner Ehefrau genehmige ich und verpflichte mich gleichzeitig als Selbstschuldner.“

Die Klage wurde in I. J. zugesprochen, in der Berufungsinstanz abgewiesen. Auf die Revision des Klägers ist das erste U. wieder hergestellt worden aus nachfolgenden

Gründen:

„Die rechtliche Voraussetzung, die das Berufungsgericht vermisst, nämlich, dass aus dem Wechsel selbst die wesentlichen Erfordernisse eines solchen mit Sicherheit hervorgehen müssen, ist bei dem vorliegenden Wechsel als vorhanden anzunehmen.

Die Unterschrift des Ehemannes W. steht, wie das Landgericht hervorhebt, richtig an der Stelle, an welche der Aussteller nach dem vorliegenden Formulare seinen Namen zu setzen hatte. Unerheblich ist, dass dieser Name nicht genau auf die für dessen Schrift gezogene Linie gesetzt worden ist, und die Wirkung der Unterschrift als Aussteller kann weder durch die Beifügung als „Selbstschuldner“, noch durch die Erklärung der Genehmigung der Wechselverpflichtung der Ehefrau entkräftet werden. Die Bezeichnung als „Selbstschuldner“ kann schon deshalb auf die Erklärung einer selbstständigen Verpflichtung und nicht auf die Uebernahme einer Bürgschaft bezogen werden, weil auf dem Wechsel zwei Bürgen, die Ehefrau und P., benannt sind. Bezüglich der Genehmigung der Wechselverpflichtung der Ehefrau ist es unerheblich, dass sie der Namensunterschrift als Aussteller vorangesetzt wurde; denn es ist ein Unterschied zwischen den beiden Fällen nicht zu erkennen, ob W. die Worte: „Die Wechselverpflichtung meiner Ehefrau genehmige ich“, vor oder hinter seinen Namen gesetzt hat. Ebenso unerheblich ist, ob die Namensunter-

schrift des Ausstellers zugleich mit Ertheilung dieser Genehmigung erfolgt ist, nachdem vorher schon die Ehefrau ihre Bürgschaftserklärung auf den Wechsel geschrieben hatte, oder ob dies, was keineswegs ausgeschlossen erscheint, in Rücksicht auf die gleichzeitige oder erst später erfolgte Unterzeichnung der Beklagten geschehen ist.

Das U. war daher wegen Verletzung der Art. 7, 81, 96 WO aufzuheben, und es war auch sofort in der Sache auf Zurückweisung der Berufung zu erkennen."

CLXVII.

Im Gebiete des preussischen Allgemeinen Landrechtes haftet der Procurist für den Schaden, den er durch eine unerlaubte Handlung bei Ausführung der ihm obliegenden Verrichtungen einem Dritten zugefügt hat, dem Beschädigten persönlich.

E. v. 14. November 1892. — Bd. XXX, Seite 44.

Das Reichsgericht hat unter Aufhebung des Berufungsurtheiles die Sache an die Vorinstanz zurückverwiesen.

Gründe:

Nach den Feststellungen des Berufungsurtheiles hatte der am 14. December 1889 verstorbene Ehemann der Beklagten, der Bankier W. J., im Juli 1889 für den Kläger zu 1. 4600 M. und für die Klägerin zu 2. 30.000 M. $3^1/_2$percentige Centralbodencreditpfandbriefe in Verwahrung genommen, diese Papiere aber demnächst mit noch anderen, theils ihm, theils Dritten gehörigen Werthpapieren bei dem Berliner Cassenvereine für sich lombardirt. Ueber den Nachlass des W. J. ist der Concurs eröffnet und am 1. Februar 1890 dem Nachlasse ein Pfleger bestellt worden. Bis zu dieser Bestellung wurde das Bankiergeschäft unter der Firma W. J. von der Beklagten auf Grund einer ihr früher von ihrem Ehemanne ertheilten Procura fortgeführt. Während nun zur Zeit des Todes des J. dessen Schuld bei dem Berliner Cassenvereine 3300 M. betrug und dafür ausser den den Klägern gehörigen 34.600 M. noch 5500 M. an Papieren des J. und 20.600 M. an Papieren dritter Personen lombardirt waren, belief sich in Folge der von der Beklagten nach dem Tode ihres Ehemannes vorgenommenen Transactionen am 31. December 1889 und ebenso am 1. Februar 1890 das Guthaben des Berliner Cassenvereines an W. J. auf 24.300 M., für welche sich nunmehr ausser den den Klägern gehörigen 34.600 M. nur noch 2500 M. an Papieren des J. im Lombard befanden. Die lombardirten Werthpapiere mussten darnach zur Befriedigung des Cassenvereines verkauft werden. Aus dem Verkaufserlöse, aus der J.'schen Nachlassmasse und aus einer vorläufigen Vertheilung von 10 Percent der J.'schen CM haben die Kläger nur soviel erhalten,

dass nach der aufgestellten Berechnung von der Forderung des Klägers zu 1. noch 2304·45 M., von der Forderung der Klägerin zu 2. noch 12.915·15 M. ungedeckt geblieben sind. Diese Beträge nebst 6 Percent Zinsen seit der Klagezustellung beanspruchen Kläger von der Beklagten, welche der Erbschaft in den Nachlass ihres Ehemannes entsagt hat, mit der Behauptung, dass die Beklagte, wenn nicht dolos, so doch durch grobe Fahrlässigkeit bei den von ihr als Procuristin vorgenommenen Transactionen das Vermögen der Kläger in der angegebenen Höhe beschädigt habe.

Das Landgericht hat die Beklagte nach dem Klagantrage verurtheilt und das Kammergericht ihre Berufung zurückgewiesen. Die jetzt vorliegende Revision musste jedoch für begründet erachtet werden.

1. Der Umstand, dass die Beklagte das Handelsgeschäft ihres Ehemannes nach dessen Tode nicht in eigenem Namen und für eigene Rechnung, sondern nur als Procuristin gemäss Art. 54 Abs. 2 HGB fortgeführt hat, steht an sich der Klage nicht entgegen. Denn die Kläger machen gegenwärtig nicht die Rechte geltend, die ihnen aus den mit W. J. geschlossenen Verwahrungsverträgen und aus deren schuldhafter Verletzung erwachsen sind; sie stützen vielmehr ihre Entschädigungsansprüche darauf, dass die Beklagte sich ihnen gegenüber unerlaubter Handlungen im Sinne des ALR I. 6 schuldig gemacht habe. Fallen der Beklagten solche Handlungen zur Last, so haftet sie für den dadurch den Klägern zugefügten Schaden nach Massgabe der Vorschriften des angezogenen Titels, ohne sich auf ihre Procuristenstellung berufen und die Beschädigten an den Principal verweisen zu dürfen. Allerdings können die Kläger ihre Schadensforderung auf Grund des Art. 52 HGB auch gegen den Principal, jetzt im Concursverfahren über dessen Nachlass, verfolgen, da die von ihnen als unerlaubt bezeicheten Handlungen zugleich eine Verletzung der aus den Verwahrungsverträgen folgenden Verpflichtungen enthalten und seitens der Beklagten in dem Bereiche des ihr übertragenen Handelsbetriebes, also „gemäss der Procura“, vorgenommen worden sind.

Allein durch die Statthaftigkeit der Contractsklage gegen den Vertretenen wird die Anstellung der Delictsklage gegen den Vertreter nicht ausgeschlossen; vielmehr sind, sofern sich die Vertragsverletzung zugleich als eine unerlaubte Handlung des Procuristen darstellt, Principal und Procurist für den entstandenen Schaden solidarisch verantwortlich, dergestalt, dass beide nebeneinander auf dasselbe Object belangt werden können, und dass erst durch die Befriedigung des Beschädigten von Seiten eines der Mitverpflichteten der andere von seiner Mithaftung befreit wird.

Die U. des Reichsoberhandelsgerichtes, auf die sich die Revision für die entgegengesetzte Auffassung beruft, beschäftigen sich im Wesentlichen nur mit der Frage nach der Haftbarkeit des Principales für die betrüglichen Handlungen seines Procuristen, und es wird darin ausdrück-

lich hervorgehoben, dass der Anspruch aus einer vom Procuristen bei der Eingehung von Rechtsgeschäften verübten Betrugshandlung gegen den Principal in gleichem Umfange zusteht wie gegen den Procuristen. Es fehlt aber auch an einem gesetzlichen Grunde, die Haftung des Procuristen auf die Fälle seines dolosen Verhaltens zu beschränken. Mit Recht hat das Reichsgericht in dem U. vom 25. Juni 1890, den Satz aufgestellt: „Auf dem Gebiete des Privatrechtes kann die Verantwortlichkeit für ein rechtswidriges Handeln nicht durch die Berufung auf einen Auftrag oder eine Stellung als Organ abgelehnt werden", woraus dort gefolgert ist, dass rechtswidrige Handlungen der Vorstandsmitglieder einer juristischen Person, auch wenn sie der juristischen Person zuzurechnen sind, doch auch von den Vorstandsmitgliedern selbst als den physischen Urhebern vertreten werden müssen. Damit steht das U. vom 2. Juli 1890 nicht in Widerspruch. In diesem U. ist angenommen worden, dass der Absender für eine mangelhafte Declaration, die durch seinen Beauftragten verschuldet ist, dem Zollspediteur zu haften hat. Auf die in den Gründen enthaltene Bemerkung, es hafte, auch wenn die mangelhafte Bezeichnung des zur Verzollung zu bringenden Gutes auf ein Versehen des Bevollmächtigten zurückzuführen wäre, den Klägern doch für den dadurch erlittenen Schaden nach den Art. 298, 52 der Beklagte, nicht dessen Bevollmächtigter, mit dem die Kläger in ein Rechtsverhältniss nicht getreten seien, ist für den vorliegenden Fall kein Gewicht zu legen. Denn einerseits war damals über die Mithaftung des Bevollmächtigten nicht zu entscheiden, und andererseits fehlt es an jedem Anhalte für die Annahme, dass das dort in Betracht gezogene Versehen des Bevollmächtigten als eine unerlaubte Handlung im Sinne des ALR I. 6 hätte angesehen werden können.

Da, wo dem Bevollmächtigten oder Procuristen nur ein fahrlässiges Verhalten zum Vorwurfe gemacht werden kann, wird allerdings nicht selten die Grenzlinie zwischen einem contractlichen und einem aussercontractlichen Verschulden schwer zu ziehen sein.

Allein wenn der Procurist, wie es im vorliegenden Falle von den Klägern behauptet wird, bei den von ihm vorgenommenen Rechtshandlungen die auch ausserhalb eines Vertragsverhältnisses gebotene Rücksicht auf die Eigenthumsrechte dritter Personen schuldhafterweise ausser Acht gelassen hat, ist ihm vom Standpunkte des Allgemeinen Landrechtes aus unbedenklich eine unerlaubte Handlung zur Last zu legen, für die er nach dem Grade seines Versehens dem beschädigten Eigenthümer Schadenersatz zu leisten hat (§§ 7 ff. 16 ff. ALR I. 3, §§ 1 ff. 10 ff. I. 6).

An der Einklagung dieses aussercontractlichen Schadens sind die Kläger, soweit nicht schon ihre Befriedigung erfolgt ist, dadurch nicht behindert, dass sie ihre contractlichen Ansprüche in dem Concursverfahren über den J.'schen Nachlass angemeldet haben. Freilich sucht die Revision

auszuführen, es lasse sich vor Beendigung des Concurses der Schade der Kläger seiner Höhe nach nicht feststellen, da dieselben überhaupt nur insoweit beschädigt seien, als sie ihr Interesse aus der Nichterfüllung der Verwahrungsverträge von ihrem Gegencontrahenten oder von der CM nicht erhalten könnten; indessen diese Ausführung geht von einer unrichtigen Voraussetzung aus. Wie das Berufungsgericht im Anschluss an die Angaben der Kläger ohne Rechtsirrthum annimmt, besteht der Schade der Kläger darin, dass sie dem Berliner Cassenvereine gegenüber ihr Eigenthum an den verpfändeten Werthpapieren mit Erfolg nicht mehr geltend machen können. Diese Beschädigung war nach den weiteren Feststellungen des Gerichtes zur Zeit des Todes des W. J. bei dem damaligen Betrage der Forderung des Cassenvereines und dem Umfange der dem J. selbst gehörigen lombardirten Werthpapiere noch nicht eingetreten; sie trat aber ein, als die Beklagte auf Grund ihrer Procura die Schuld des Handelsgeschäftes bei dem Cassenvereine erhöhte und zugleich die Pfandsicherheit des letzteren verminderte, namentlich auch von den eigenen Papieren des W. J. 3000 M. zurücknahm. Dadurch wurde es den Klägern unmöglich gemacht, die ihnen gehörigen Werthpapiere zurückzufordern und nach der Eröffnung des Nachlassconcurses von ihrem Aussonderungsrechte Gebrauch zu machen, da nunmehr der Cassenverein gemäss Art. 306 Abs. 2 HGB aus den Werthpapieren der Kläger seine Befriedigung beanspruchen durfte. Als Zeitpunkt der Beschädigung der Kläger war hiernach spätestens der Tag der Concurseröffnung anzusehen, und auch über den Umfang des ihnen erwachsenen Schadens konnte kein Zweifel mehr bestehen, nachdem der Verkauf ihrer Werthpapiere zum Zwecke der Befriedigung des Cassenvereines stattgefunden hatte. Von da ab durften die Kläger, die Richtigkeit ihrer sonstigen Behauptungen vorausgesetzt, in Gemässheit der §§ 79 ff. ALR I. 6 Ersatz ihres gesammten Schadens von der Beklagten fordern. Dabei mussten sie sich freilich die von anderer Seite erhaltenen Zahlungen durch die ihr Schade verringert war, anrechnen, wie sie dies auch in der Klage gethan haben; im Uebrigen aber war ihr Delictsanspruch nach dem oben Gesagten von dem künftigen Erfolge der von ihnen im Concursverfahren angemeldeten contractlichen Ansprüche durchaus unabhängig.

2. Entscheidend ist somit die Frage, ob die Beklagte die Beschädigung der Kläger durch unerlaubte Handlungen, sei es allein oder in Gemeinschaft mit anderen, verursacht hat. Die Bejahung dieser Frage durch den Vorderrichter gibt jedoch nach verschiedenen Richtungen zu erheblichen rechtlichen Bedenken Anlass.

Von den Klägern war der Beklagten in erster Linie ein doloses Verhalten zum Vorwurfe gemacht und insbesondere behauptet worden, die Beklagte habe bei den von ihr vorgenommenen Transactionen davon Kenntniss gehabt, dass ihr Ehemann fremdes Eigenthum, namentlich auch

die Werthpapiere der Kläger, verpfändet hatte. . . . Ueber diese Behauptungen hat sich das Berufungsgericht nicht ausgesprochen. Es stellt weder ein arglistiges Handeln der Beklagten, noch deren Kenntniss von dem vorgedachten Umstande fest, legt vielmehr der Beklagten nur ein Versehen, und zwar ein grobes Versehen, zur Last. Ein Verschulden der Beklagten findet das Gericht darin, „dass sie sich der Fortführung des Bankiergeschäftes unterzogen und insbesondere bald nach dem Tode ihres Ehemannes die vorerwähnten Rechtshandlungen gegenüber dem Berliner Cassenvereine vorgenommen hat, ohne sich der ihr daraus erwachsenen Verantwortlichkeit bewusst zu werden, und ohne sich zuvor einen Einblick in die Lage des Geschäftes zu verschaffen", wobei noch bemerkt wird, die Beklagte bezichtige sich selbst einer groben Nachlässigkeit und Unbesonnenheit, wenn sie angebe, das ihr vom Buchhalter P. zur Unterschrift Vorgelegte damals unbesehen unterschrieben zu haben. Weiterhin wird dann ausgeführt, die Beklagte hätte als alleinige verantwortliche Vertreterin der Firma, „sich durch Erkundigungen bei P. und Einsicht der Geschäftsbücher, nöthigenfalls unter Zuziehung eines unparteiischen Sachverständigen, darüber unterrichten müssen, welche Werthpapiere im Lombard des Berliner Cassenvereines lagen, bevor der Lombardcredit der Firma W. J. weiter in Anspruch genommen wurde und sie, wenn auch auf Grund von Transactionen, die ihr Ehemann vorgenommen, einen neuen Geldbetrag bei dem fraglichen Vereine erhob und in Empfang nahm, für welchen die bestellten Pfänder hafteten". Die Beklagte würde dann, erwägt das Gericht, davon Kenntniss erlangt haben, welche lombardirte Papiere Eigenthum ihres Ehemannes und welche fremdes Eigenthum waren, und habe sich, indem sie dieses unterliess, eines groben Versehens nach der Begriffsbestimmung des § 18 ALR I. 3 schuldig gemacht, wofür sie nach §§ 10 ff. I. 6 verantwortlich sei.

3. Diese Motivirung muss zunächst schon deshalb Bedenken erregen, weil sie nicht deutlich erkennen lässt, inwieweit dabei der Unterschied zwischen einem contractlichen und einem ausscrcontractlichen Versehen Beachtung gefunden hat.

Beide Arten von Versehen fallen unter die Vorschriften der §§ 15 ff. I. 3. Wenn aber das Versehen der Beklagten nur darin bestände, dass sie den Klägern gegenüber die wegen des Vorhandenseins von Verwahrungsverträgen gebotene Aufmerksamkeit (§§ 11 ff. ALR I. 14) oder dass sie die Sorgfalt eines o. Kaufmannes (Art. 282 HGB) nicht angewendet hätte, und wenn hiermit nicht zugleich eine unerlaubte Handlung begangen wäre, so würde den Klägern gemäss Art. 52 HGB ein Entschädigungsanspruch nicht gegen die Beklagte persönlich, sondern nur gegen deren Principal zustehen.

4. Unklar ist ferner, ob nach der Auffassung des Berufungsgerichtes Umstände vorlagen, welche bei der Beklagten die Vermuthung erregen

konnten, dass ihr Ehemann rechtswidrig fremde Werthpapiere zum eigenen Vortheile verpfändet, also unterschlagen habe, oder ob das Gericht von der — jedenfalls einer näheren Begründung bedürfenden — Ansicht ausgegangen ist, es müsse jeder Procurist oder Handlungsbevollmächtigte die Möglichkeit, dass vom Principale fremde Werthpapiere rechtswidrig lombardirt seien, in's Auge fassen und deshalb vor der Inanspruchnahme eines Lombardcredites seines Principales die Eigenthumsverhältnisse in Betreff der lombardirten Papiere einer sorgfältigen Prüfung unterziehen.

CLXVIII.

Der Principal haftet auch ohne eigene Kenntniss für die durch seinen Agenten bei Anknüpfung der Geschäftsverbindung dem zugeführten Kunden über die Natur der abzuschliessenden Geschäfte gemachten Mittheilungen.

E. v. 23. November 1892. — (Bd. XXX, Seite 28.)

Die Klägerin bot brieflich dem Beklagten „auf Anregung des Herrn B. B.“ ihre bankgeschäftlichen Dienste an, worauf der Beklagte erwiderte, dass er nicht abgeneigt sei, „auf Empfehlung des Herrn B“ mit der Klägerin in Verbindung zu treten, und zugleich anfragte, ob die Klägerin ihm ein Engagement in Dannenbaumactien, zu denen B. ihm rathe, empfehlen könne. Auf die bejahende Antwort der Klägerin ertheilte Beklagter ihr den Auftrag, für ihn 15.000 M. Dannenbaumactien per ultimo Jänner zu kaufen. Die Klägerin zeigte hierauf dem Beklagten umgehend an, dass sie ihm die aufgegebenen Actien zum Tagescurse nach Berliner Börsenusance überlasse. Ende Jänner prolongirte die Klägerin in Folge Auftrages des Agenten B dieses Geschäft zum Liquidationscurse bis Ende Februar und erbat und erhielt von dem Beklagten ein Anerkenntniss der Richtigkeit der demselben übersandten Abrechnung. Als die Klägerin Zahlung des Saldos forderte, verweigerte der Beklagte diese Zahlung unter Hinweis auf die mit dem Agenten B getroffenen Abmachungen, nahm auch Ende Februar die gekauften Effecten nicht ab. Die Klägerin liess diese deshalb durch einen vereideten Makler an der Börse verkaufen, wobei sich ein erheblicher Verlust ergab. Der Beklagte bestritt die hierauf gestützte, schliesslich geltend gemachte Forderung der Klägerin, weil er mit dem Agenten B für den ganzen Geschäftsverkehr mit der Klägerin abgemacht habe, dass die abzuschliessenden Geschäfte reine Differenzgeschäfte sein sollten, bei denen Recht und Pflicht zu effectiver Lieferung ausgeschlossen bliebe, und dass die Klägerin, falls nicht Beklagter ausdrücklichen Auftrag zum Verkaufe ertheile, stets prolongiren müsse. Hieraus leitete Beklagter her, dass es sich um nicht klagbare Spielgeschäfte handle, und dass die Klägerin nicht zur Zwangsregulirung habe schreiten dürfen. Die Klägerin entgegnete hierauf, dass B, dessen sie sich nur zur

Zuführung von Kunden bedient habe, im weiteren Sinne weder ihr Agent, noch viel weniger ihr Bevollmächtigter gewesen sei, dass sie unmittelbar mit dem Beklagten contrahirt habe, und zwar auf Grund der Berliner Börsenusance, dass Beklagter die Jännerabrechnung anerkannt und ebensowenig wie B ihr von den getroffenen Abmachungen Kenntniss gegeben habe.

Beide Vorinstanzen haben den Beklagten verurtheilt. Auf die Revision des Beklagten ist das Berufungsurtheil aufgehoben worden aus folgenden

Gründen:

Das Berufungsurtheil beruht darauf, dass B nicht ermächtigt gewesen sei, namens der Klägerin mit dem Beklagten diejenigen für den anzuknüpfenden Geschäftsverkehr massgeblichen Abreden zu treffen, auf die der Beklagte sich berufe, und dass deshalb, da weder B der Klägerin von diesen Abreden Kenntniss gegeben, noch der Beklagte selbst bei den unmittelbar zwischen ihm und der Klägerin erfolgten Geschäftsabschlüssen zu erkennen gegeben habe, dass er auf Grund dieser Abreden contrahiren wolle, Beklagter sich auf die Abreden mit B nicht stützen könne, weil ihm eine blosse Mentalreservation dieses Recht nicht gebe. Diese Begründung lässt erkennen, dass der Berufungsrichter die rechtliche Stellung des Agenten B zu den Parteien unrichtig beurtheilt. Wenn der Agent B von der Klägerin unter Zusicherung einer Provision beauftragt war, ihr Kunden zuzuführen, so liegt es in den Grenzen des ihm ertheilten Auftrages, dass er zum Abschlusse von Börsengeschäften geneigte Personen aufsuchen, denselben den Geschäftsverkehr mit der Klägerin empfehlen, ihnen zu diesem Zwecke Auskunft über die Grundlagen, auf denen dieser Verkehr stattfinde, ertheilen und etwaige Anträge der in solcher Weise belehrten Personen der Klägerin übermitteln sollte. Daraus folgt, dass die Klägerin, auch wenn sie dem Agenten B Vollmacht zum Abschlusse von Geschäften in ihrem Namen nicht ertheilt hatte, die durch B vermittelten Anträge dritter Personen doch so gelten lassen muss, wie sie nach den mit B gepflogenen Verhandlungen nur gemeint sein konnten. Ob B bei seiner den zu gewinnenden Kunden ertheilten Belehrung sich im Irrthume über die Absicht der Klägerin befunden hat, kommt hierbei ebensowenig in Betracht, wie, ob derselbe der Klägerin Mittheilung von seinen Eröffnungen an die Kunden gemacht hat. Vielmehr ist allein entscheidend, ob die Klägerin bei den ihr zugehenden Anträgen erkennen musste, dass dieselben durch B vermittelt worden seien, weil sie dann davon ausgehen musste, dass solche Anträge auf den mit diesem stattgehabten Verhandlungen fussten. Diese Voraussetzung trifft im vorliegenden Falle zu, da unstreitig bei Anknüpfung des Geschäftsverkehres zwischen den Parteien beiderseits darauf Bezug genommen worden ist, dass diese Anknüpfung durch B vermittelt sei, und Beklagter in seiner dem demnächst ertheilten Auftrage vorausgeschickten Anfrage bei der Klägerin ausdrück-

lich den ihm von B gegebenen Rath erwähnt. Die Klägerin konnte deshalb, auch wenn ihr der Auftrag des Beklagten nicht durch B, sondern von dem Beklagten unmittelbar zuging, nicht darüber in Zweifel sein, dass es sich um ein von B vermitteltes Geschäft handle, und dass dem Auftrage die zwischen dem Beklagten und B gepflogenen Verhandlungen zu Grunde lägen. Dem steht nicht entgegen, dass der Beklagte bei seiner Correspondenz mit der Klägerin der mit B stattgehabten Beredungen nicht gedenkt. Denn er durfte Das, was B ihm über den Inhalt und die allgemeinen Bedingungen des Geschäftsverkehres mit der Klägerin eröffnet hatte, als der Klägerin bekannt und deren Ansichten entsprechend voraussetzen. Auch der Umstand, dass der Beklagte, als die Klägerin ihm mittheilte, das aufgetragene Geschäft sei nach den Berliner Börsenusancen ausgeführt, nicht widersprochen und bei Gelegenheit des Prolongationsgeschäftes Ende Jänner 1891 auf dem übersandten Formulare dasselbe als nach den Usancen der Berliner Fondsbörse abgeschlossen, bestätigt hat, spricht nicht dagegen, dass der Beklagte von Anfang an und dauernd auf dem Boden der durch die Eröffnungen des Agenten B geschaffenen Grundlage gestanden hat; denn er durfte davon ausgehen, dass die besonderen, ihm von B mitgetheilten Bedingungen für seinen Geschäftsverkehr mit der Klägerin den in den beiderseitigen formularmässigen Schreiben in Bezug genommenen Börsenusancen vorgehen, letztere also nur insoweit in Anwendung kommen sollten, als jene besonderen Bedingungen nicht entgegenständen. Dies gilt besonders insofern, als B dem Beklagten mitgetheilt hat, es handle sich bei den mit der Klägerin abzuschliessenden Geschäften um reine Differenzgeschäfte. Denn wenn dementgegen in den Berliner Börsenusancen den Contrahenten das Recht wirklicher Erfüllung gewahrt ist, so brauchte der Beklagte hieran keinen Anstoss zu nehmen, weil auch die auf reines Differenzspiel abzielenden Geschäfte regelmässig in die äussere Form ernstlicher Börsengeschäfte, für welche die Usancen der betreffenden Börsen massgebend sind, gekleidet zu werden pflegen.

Von einer blossen Mentalreservation des Beklagten hinsichtlich seiner Absicht bei Abschluss der Geschäfte kann keine Rede sein, wenn, wie hier der Fall, der Auftrag des Beklagten ersichtlich auf der Grundlage seiner Verhandlungen mit B ertheilt ist, und zwar noch weniger, wenn, wie B bezeugt hat, der Beklagte nach Empfang der Mittheilungen desselben an ihn die Frage gerichtet hat, ob die Klägerin einen ihr ertheilten Auftrag unter den mitgetheilten Bedingungen auch ausführen werde, also dem Agenten der Klägerin ausdrücklich zu erkennen gegeben hat, dass er unter diesen Bedingungen mit der Klägerin in Geschäftsverkehr treten wolle.

Hiernach würde, wenn die Behauptungen des Beklagten über die ihm von B hinsichtlich der mit der Klägerin abzuschliessenden Geschäfte gemachten Eröffnungen als richtig erwiesen wären, der Klaganspruch hin-

fällig sein. Derselbe stützt sich auf den Abschluss eines effectiven Geschäftes. Ein solches ist aber unter den Parteien nicht zustande gekommen, wenn der Beklagte der Klägerin nur den Abschluss eines unklagbaren Differenzgeschäftes angeboten hat, abgesehen davon, dass es, wenn Beklagter seinen Auftrag nach Massgabe seiner Verhandlungen mit B unter den von ihm behaupteten Bedingungen gegeben hat, auch in anderen Punkten an der Willensübereinstimmung fehlen würde. Es fehlt jedoch in dem Berufungsurtheile ein Ausspruch darüber, ob das Gericht durch die Aussage des Zeugen B und aus den sonst etwa in Betracht kommenden Thatumständen die Ueberzeugung von der Wahrheit der Behauptungen des Beklagten gewonnen hat oder nicht. Das Berufungsgericht bedurfte bei seiner rechtlichen Auffassung des Sachverhältnisses einer solchen Feststellung nicht. Da diese Auffassung, wie oben ausgeführt, als rechtsirrthümlich anzusehen ist, so muss die Aufhebung des Berufungsurtheiles und die Zurückverweisung der Sache in die Vorinstanz zu dem Zwecke erfolgen, damit die fehlende thatsächliche Feststellung nachträglich getroffen werden kann.

CLXIX.

Anfechtung eines von einem Mitgliede der offenen Handelsgesellschaft in eigenem Namen mit dem stillen Gesellschafter getroffenen Abkommens auf Grund des Art. 259 HGB und § 25 Ziff. I CO.

E. v. 30. November 1892. — (Bd. XXX, Seite 33.)

Der Kläger hat als stiller Gesellschafter der jetzt in Liquidation befindlichen offenen Handelsgesellschaft Eduard F. & Co. zu M. zu dem am 11. November 1890 eröffneten Concurse über das Privatvermögen des an der genannten Gesellschaft als offenen Gesellschafters betheiligten Rittergutsbesitzers Eduard F. den Ausfall angemeldet, den er bei der Liquidation der Gesellschaft an seiner zur Liquidationsmasse angemeldeten Forderung erleiden werde. Diese Forderung ist nach dem Anerkenntnisse des Concursverwalters mit der Massgabe festgestellt, dass dieselbe bei der Vertheilung der CM nur abzüglich des noch zu ermittelnden Verlustantheiles zu berücksichtigen sei, welchen Kläger als stiller Gesellschafter der Firma Eduard F. & Co. zu tragen habe. Kläger verlangt, gestützt auf einen vom Gemeinschuldner am 16. Februar 1890 ausgestellten Revers folgenden Wortlautes: „Ich verpflichte mich, Herrn Franz N. (Kläger), falls ich den Process mit der Gothaer Lebensversicherungsbank gewinne, voll zu befriedigen, eventuell ad ratam wie die anderen Gläubiger“, zum vollen Betrage berücksichtigt zu werden für den Fall, dass der Gemeinschuldner in dem von ihm gegen die Gothaer Lebensversicherungsbank angestellten Processe obsiege. Er behauptet, der Revers sei als Gegenleistung dafür ausgestellt worden, dass Kläger sich habe verpflichten

müssen: a) sich gefallen zu lassen, dass sein Antheil am Verluste der Handelsgesellschaft Eduard F. & Co. auf ein Drittel nachträglich fixirt werde; b) die Gläubiger zur Bewilligung eines Moratoriums zu bewegen und eventuell die Forderungen der Widersprechenden zu erwerben. Die von ihm übernommenen Leistungen habe Kläger, wie speciell dargelegt wird, erfüllt. Beklagte hat unter Bestreiten der gegnerischen Anführungen geltend gemacht, dass die in dem Reverse enthaltene Verpflichtung sowohl auf Grund des Art. 259 HGB wie des § 25 Ziff. 1 CO den Concursgläubigern gegenüber unwirksam sei.

Die I. J. hat die Klage abgewiesen, das Berufungsgericht abändernd nach dem Klagantrage erkannt. Die Revision ist zurückgewiesen worden aus folgenden

Gründen:

Im Berufungsurtheile ist der Revers vom 16. Februar 1890 dahin ausgelegt, dass der Gemeinschuldner sich durch denselben bedingt, nämlich für den Fall des Obsieges in dem mit der Gothaer Lebensversicherungsbank geführten Processe, verpflichtet hat, dem Kläger aus seinem Privatvermögen Ersatz für den Ausfall zu leisten, welchen Kläger in seiner Eigenschaft als stiller Gesellschafter der Handlung Eduard F. & Co. erleiden werde. Diese Auslegung ist von der Revision nicht beanstandet, gibt auch zu Bedenken keine Veranlassung.

Die Bestimmung des Art. 259 Abs. 3 HGB hat das Berufungsgericht deswegen für nicht anwendbar erachtet, weil Inhaber des Handelsgewerbes, an welchem Kläger als stiller Gesellschafter betheiligt war, nicht der Gemeinschuldner, sondern die offene Handelsgesellschaft Eduard F. & Co. gewesen sei, mithin die in der angeführten Bestimmung vorausgesetzte Concurseröffnung über das Vermögen des Inhabers des Handelsgewerbes nicht vorliege. Die gegen diesen Entscheidungsgrund erhobene Rüge, dass Art. 259 Abs. 3 HGB durch Nichtanwendung verletzt sei, ist nicht gerechtfertigt. Nach der juristischen Construction der offenen Handelsgesellschaft, von welcher sowohl das Reichsoberhandelsgericht wie das Reichsgericht selbst ausgegangen ist, hat dieselbe zwar nicht die Eigenschaft einer juristischen Person, wohl aber kommt ihr eine vermögensrechtliche Selbstständigkeit zu. Das Vermögen der offenen Handelsgesellschaft ist eine besondere, durch den Gesellschaftszweck gebundene Vermögensmasse, die nicht blos thatsächlich, sondern auch rechtlich von dem Privatvermögen der Gesellschafter geschieden ist. Die für die offene Handelsgesellschaft begründeten Rechte wachsen dem Gesellschaftsvermögen zu; ebenso ruhen die in ihrem Namen eingegangenen Verbindlichkeiten zunächst auf dem Gesellschaftsvermögen. Wenngleich die Firma der offenen Handelsgesellschaft als eine die Personen der einzelnen Gesellschafter zusammenfassende Bezeichnung anzusehen ist, so

trifft diese Bezeichnung die Gesellschafter doch nur in ihrer Vereinigung, d. h. in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter und als Mitinhaber des dem Gesellschaftszwecke gewidmeten Vermögensinbegriffes, nicht als Subjecte ihres ausserhalb der Vereinigung stehenden Privatvermögens. Hiergegen spricht auch nicht die solidarische und unbeschränkte Haftung der Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden; vielmehr erscheint nach der dem HGB zum Grunde liegenden Auffassung diese Haftung als eine den Gesellschaftern durch das Gesetz auferlegte Garantieverpflichtung, vermöge deren sie für die auf dem Gesellschaftvermögen ruhenden Verbindlichkeiten mit ihrem Privatvermögen einzustehen haben.

Auf diesen Standpunkt hat sich auch das Berufungsgericht gestellt. Mit Recht ist aus demselben hergeleitet worden, dass in dem Falle, in welchem sich jemand als stiller Gesellschafter an dem von einer offenen Handelsgesellschaft betriebenen Handelsgewerbe betheiligt hat, die offene Handelsgesellschaft selbst als sog. Complementar oder Inhaber des Handelsgewerbes im Sinne der Art. 251 ff. HGB zu betrachten ist. Das Rechtsverhältniss der stillen Gesellschaft ist in diesem Falle mit der offenen Handelsgesellschaft in derselben Weise eingegangen, wie sonstige Rechte und Verbindlichkeiten unter ihrer Firma für sie begründet werden können. Subjecte dieses Rechtsverhältnisses sind auf Seiten der offenen Gesellschaft die einzelnen Gesellschafter in ihrer Eigenschaft als Mitinhaber des Gesellschaftsvermögens; das Privatvermögen derselben wird hierdurch nicht unmittelbar betroffen.

Hiernach ergibt sich die Unanwendbarkeit des Art. 259 Abs. 3 HGB im vorliegenden Falle schon aus dem Grunde, weil es an einem Erlasse des den Kläger als stillen Gesellschafter der Handlung Eduard F. & Co. treffenden Verlustes fehlt. Als ein derartiger Erlass könnte nur eine namens der offenen Handelsgesellschaft Eduard F. & Co. abgegebene Willenserklärung in Betracht kommen, während die hier in Rede stehende Verpflichtung von dem Gemeinschuldner unstreitig nicht namens der Handelsgesellschaft, sondern in eigenem Namen übernommen ist.

Zutreffend erscheint aber auch die Annahme des Berufungsgerichtes, dass die weitere Voraussetzung der gesetzlichen Bestimmung, die Concurseröffnung über das Vermögen des Inhabers des Handelsgewerbes, nicht gegeben ist. Die oben hervorgehobene Selbstständigkeit des Vermögens der offenen Handelsgesellschaft macht sich vorzugsweise in der Möglichkeit eines eigenen, von dem Concurse über das Vermögen der Gesellschafter unabhängigen Gesellschaftsconcurses geltend. Die zur Anwendung des Art. 259 erforderliche Concurseröffnung über das Vermögen des Inhabers des Handelsgewerbes ist demnach, wenn eine mit einer offenen Handelsgesellschaft eingegangene stille Gesellschaft vorliegt, auf den Concurs über das Gesellschaftsvermögen zu beziehen, und unter den Concursgläubigern, denen gegenüber das im Abs. 3 a. a. O. bezeichnete

Abkommen für unwirksam erklärt wird, sind die Concursgläubiger der offenen Handelsgesellschaft zu verstehen.

Dass die Gesellschaftsgläubiger ihre Forderungen nach Art. 112, 122 HGB, § 3 Abs. 1 CO, § 4 Einf.-Ges. zur CO zum vollen Betrage im Concurse der Gesellschafter geltend machen können, und dass die Befriedigung der Gläubiger der offenen Handelsgesellschaft aus der beklagten CM durch die vom Gemeinschuldner übernommene Verpflichtung erheblich verkürzt wird, steht der Revision nicht zur Seite, da Art. 259 lediglich den Zweck hat, die Gläubiger des Inhabers des Handelsgewerbes, d. h. hier der Handlung Eduard F. & Co., gegen Benachtheiligungen zu schützen, welche denselben in dem über das Vermögen des Geschäftsinhabers eröffneten Concurse durch die im Gesetze bezeichneten Abmachungen erwachsen können. Eine darüber hinausgehende Anwendung des Gesetzes, die im vorliegenden Falle dazu führen würde, den Revers vom 16. Februar 1890 auch den Privatgläubigern des Gemeinschuldners gegenüber zu entkräften, widerspricht dem im Berufungsurtheile mit Recht betonten singulären Charakter der gesetzlichen Vorschrift.

Die Revision beschwert sich ferner darüber, dass die auf § 25 Ziff. 1 CO gestützte Anfechtung der vom Gemeinschuldner übernommenen Verpflichtung verworfen worden ist. Auch diese Beschwerde entbehrt der Begründung. Das Berufungsgericht hat angenommen, dass die Ausstellung des Reverses vom 16. Februar 1890 nicht als unentgeltliche Verfügung anzusehen sei, weil die im Thatbestande erwähnten Leistungen des Klägers nach der Absicht der Parteien als Gegenleistung für die vom Gemeinschuldner übernommene Verpflichtung zu gelten haben. Diese Annahme beruht weder auf einer Verletzung materieller Rechtsgrundsätze, noch fällt dem Berufungsgerichte hierbei ein processualischer Verstoss zur Last. Der Begriff der Unentgeltlichkeit ist nicht verkannt, vielmehr durchaus richtig gewürdigt.

CLXX.

Der Begriff der stillen Gesellschaft wird dadurch nicht ausgeschlossen, dass Derjenige, der die Einlage macht, am Gewinne, aber nicht am Verluste des Geschäftsbetriebes betheiligt ist.

E. v. 14. December 1892. — (Bd. XXX, Seite 57.)

Durch Vertrag vom 28. März 1890 hatte der Beklagte B sein unter der Firma Adolph B. betriebenes Geschäft nebst Firma an W. mit der Abrede übertragen, dass sein Geschäftsguthaben auf 10 Jahre unkündbar im Geschäfte als unverzinsliches Darlehen verbleiben, er dafür am bilanzmässigen Reingewinne zur Hälfte, aber nicht am Verluste betheiligt sein sollte. B ist auf Grund des Art. 257 HGB aus zwei durch W. unter der Firma Adolf B. acceptirten Wechseln auf Zahlung solidarisch mit W. in

Anspruch genommen. Die Klage ist in beiden Instanzen abgewiesen, auf die Revision der Klägerin aber unter Aufhebung des Berufungsurtheiles und Abänderung des ersten U. nach dem Klagantrage erkannt aus folgenden

Gründen:

Die Anwendung des Art. 257 HGB wird, wie auch das Berufungsgericht angenommen hat, nicht dadurch ausgeschlossen, dass das zwischen B und W begründete Rechtsverhältniss in dem Vertrage vom 28. März 1890 als Darlehen bezeichnet worden ist, und dass die Contrahenten sich in den im Thatbestande mitgetheilten Vertragsbestimmungen ausdrücklich dagegen verwahrt haben, dass die Betheiligung des B an dem unter seinem Namen betriebenen Handelsgeschäfte als stille Gesellschaft beurtheilt werde. Denn die Vorschrift des Art. 257 gehört nicht zu den die Beziehungen der Contrahenten zu einander normirenden vermittelnden Rechtssätzen, sondern ist eine im allgemeinen Verkehrsinteresse gegebene, die Rechte Dritter betreffende Bestimmung, die einen zwingenden Charakter hat und daher unabhängig von der durch die Contrahenten beliebten Bezeichnung sowie ohne Rücksicht darauf, ob dieselben sich ihr unterwerfen wollten, zur Anwendung kommen muss, sofern der Inhalt der getroffenen Vereinbarungen die Merkmale einer stillen Gesellschaft im Sinne des HGB an sich trägt.

Nicht beizutreten ist dagegen der Ausführung des Berufungsurtheiles, dass das Vorhandensein einer stillen Gesellschaft im Sinne der Art. 250 ff. HGB vorliegenden Falles deswegen zu verneinen ist, weil nach dem Vertrage vom 28. März 1890 B mit seiner im Geschäfte verbliebenen Einlage nicht am Verluste betheiligt sein soll, sondern nur insofern an dem Geschäftsergebnisse theilnimmt, als ihm die Hälfte des bilanzmässigen Gewinnes zusteht, und er in Verlustjahren keinen Anspruch auf eine Verzinsung seines Capitales hat. Das sogenannte pactum capitis salvi steht mit dem Wesen der stillen Gesellschaft nicht im Widerspruche, worauf auch die Nürnberger Protocolle (S. 1085) hinweisen. Nach dem Inhalte der getroffenen Vereinbarungen stellt sich die Betheiligung des B trotz der von den Contrahenten beliebten Bezeichnung unzweifelhaft als eine Gesellschaft dar. Der Beklagte B hat durch den Vertrag sein Export- und Importgeschäft nebst sämmtlichen Activen und Passiven an W. übertragen und sein gesammtes Capitalguthaben in demselben belassen. Das einzige Aequivalent, welches ihm hierfür gewährt ist, besteht in dem Anspruche auf die Hälfte des aus dem Geschäftsbetriebe sich ergebenden Gewinnes. Wenn in einem solchen Falle Art. 257 HGB nicht zur Anwendung kommen soll, so würde der Zweck dieser Bestimmung leicht vereitelt werden können. Im Berufungsurtheile wird auch anerkannt, dass die vom OLG zu Grunde gelegte Auffassung den praktischen Werth des im Art. 257 enthaltenen Verbotes erheblich einschränkt. Dieses Bedenken wird vom

Berufungsrichter durch die Erwägung beseitigt: es sei das eine Folge, die sich aus dem Gesetze ergebe, welches wirthschaftlich gleichgeartete und verwandte Dinge rechtlich nicht gleich, sondern völlig verschieden behandle, und welches absolute Verbotsbestimmungen an Unterschiede knüpfe, die der Verkehr gering achte. Das den Verkehrsinteressen widersprechende Ergebniss, zu welchem der Berufungsrichter gelangt, ist aber ein durchschlagendes Argument gegen die Richtigkeit der engen, am Wortlaute des Art. 250 haftenden Auslegung, von welcher derselbe ausgeht, und die beste Rechtfertigung für die in den vorstehend angeführten E. gebilligte Auffassung des Gesetzes.

CLXXI.

Beweislast betreffs der contractgemässen resp. contractwidrigen Beschaffenheit verkaufter Waaren im Falle des Annahmeverzuges des Käufers.

E. v. 11. Juni 1881. — (Bd. V, Seite 28.)

Die in Hull domicilirte Klägerin hat durch ihren in Danzig wohnenden Agenten B dem eben daselbst wohnenden Beklagten durch Vertrag vom 8. Juli 1878 „beste doppelt gesiebte South-Yorkshire-Nusskohlen, ab Hull zu verladen“ verkauft, und zwar, was die Quantität betrifft, nach der Behauptung der Klägerin circa 30 Keels, nach der Behauptung des Beklagten eine Schiffsladung von 25, keinenfalls aber mehr als 30 Keels auszuliefern cif in Neufahrwasser. Klägerin hat mit dem Schiff „Arthur“ mehr als das verkaufte Quantum, nämlich $34^1/_2$ Keels Kohlen von England nach Neufahrwasser transportiren lassen; aus diesem Grunde, nämlich weil zu viel verladen worden, hat Beklagter die Annahme der Ladung schon vor der Ankunft des Schiffes bei Neufahrwasser und wiederholt nach dessen Ankunft abgelehnt, auch dem klägerischen Agenten B die ihm von diesem vor der Ankunft des Schiffes zugeschickten Papiere, nämlich Frachtbrief, Connossement, Minencertificat und Versicherungspolice, zurückgeschickt und auch nach Ankunft des Schiffes die ihm wiederholt offerirten Papiere anzunehmen abgelehnt. Der klägerische Vertreter hat daher nach vorgängiger Androhung die dem Beklagten vergeblich offerirten Kohlen im Wege der Selbsthilfe versteigern lassen, wobei Beklagter sie zu einem geringeren, als dem Vertragspreise angesteigert hat. Klägerin fordert nun vom Beklagten Zahlung der Differenz zwischen dem Vertragspreise und dem geringeren Auctionserlöse. Beide Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen, jedoch aus verschiedenen Gründen. Während nämlich die I. J. die Einrede, welcher Beklagter daraus entnommen, dass Klägerin in das Schiff „Arthur“ mehr als das Vertragsquantum verladen, für begründet erachtete, verwarf die II. J. diesen Einwand als unbegründet und wies die Klägerin aus einem anderen Grunde ab, nämlich deshalb, weil Klägerin

nicht erwiesen habe, dass die mit dem Schiffe „Arthur“ transportirten Kohlen von vertragsmässiger Qualität gewesen seien. Gegen diesen letzteren Abweisungsgrund allein sind die Angriffe der Nichtigkeitsbeschwerde der Klägerin gerichtet. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist jedoch nicht für begründet erachtet worden aus folgenden

Gründen:

Der Appellrichter hat angenommen, dass Klägerin den Beweis zu führen habe, dass die Kohlen, welche in dem Schiffe „Arthur“ nach Neufahrwasser transportirt und dort dem Beklagten zur Abnahme offerirt, vom Beklagten aber refüsirt worden, und welche der Vertreter der Klägerin demnächst in öffentlicher Versteigerung hat verkaufen lassen, von vertragsmässiger Qualität gewesen seien, was Beklagter in der Appellationsbeantwortung ausdrücklich bestritten hat. An sich kann es auch keinem Zweifel unterliegen, dass der Klägerin als Verkäuferin dieser Beweis obliegt. Die Klägerin glaubt aber, dass die Beweislast hier den Beklagten treffe, letzterer also die contractwidrige Qualität der ihm offerirten und sodann versteigerten Kohlen nachweisen müsse, weil er ohne triftigen Grund die Annahme abgelehnt, die Ablieferung vereitelt habe. Allein, dass Beklagter, wie der Appellationsrichter unangefochten entschieden hat, die Annahme der Kohlen deshalb, weil einige Keels zu viel geladen waren, nicht hätte ablehnen dürfen, und dass Beklagter aus der angeblich contractwidrigen Qualität keinen Ablehnungsgrund entnommen, diese vielmehr erst im Verlaufe des vorliegenden Processes gerügt hat, bedingt noch keine Umkehrung der Beweislast. Klägerin kann diese dem Beklagten nicht deshalb allein aufbürden, weil Beklagter ohne zutreffenden Grund die Abnahme verweigert hat. Eine Veranlassung, den Beklagten mit dem Beweise zu belasten, würde nur dann vorliegen, wenn Beklagter durch unberechtigtes Verhalten der Klägerin die Führung des ihr obliegenden Beweises unmöglich gemacht oder doch wesentlich erschwert hätte. Das hat Klägerin aber nicht zu behaupten vermocht. Es unterliegt auch keinem Bedenken, dass Klägerin bei der Ausladung der Kohlen aus dem Schiffe zum Zwecke der nach der öffentlichen Versteigerung erfolgten Uebergabe an den Ansteigerer die Qualität der Kohlen durch zugezogene Sachverständige hätte feststellen lassen und sich so den Beweis sichern können.

Klägerin hält sich unter Berufung auf Art. 347 HGB eines Beweises der contractmässigen Qualität der Kohlen deshalb für überhoben, weil der Beklagte die Kohlen nicht ohne Verzug nach der Ankunft des Schiffes „Arthur“ bei Neufahrwasser untersucht und die contractwidrige Qualität der Kohlen nicht alsbald dem Vertreter der Klägerin angezeigt habe. Auf eine Erörterung über den Art. 347 hat sich weder der Apell.-Richter eingelassen, noch hat sich die Klägerin in den Instanzen auf den Art. 347 berufen; diese ist vielmehr zuerst in der Rechtfertigung der Nichtigkeits-

beschwerde mit der Berufung auf den Art. 347 hervorgetreten. Es könnte sich daher zunächst fragen, ob sie mit einem auf Art. 347 gestützten Angriffe jetzt überhaupt noch gehört werden kann. Dies ist unter der Voraussetzung zu bejahen, dass die thatsächlichen Grundlagen für die Anwendung des Art. 347 in den Instanzen substanziirt behauptet sind, indem dann dem Richter die Anwendung des Gesetzes oblag. Zu diesen thatsächlichen Grundlagen gehört aber namentlich die, dass die Ablieferung der Kohlen an den Käufer im Sinne des Art. 347 erfolgt war. Dass diese Ablieferung erfolgt sei, musste Klägerin als Verkäuferin substanziirt darlegen und im Bestreitungsfalle beweisen. Zwar hat nach constanter Rechtsprechung der Käufer sich darüber auszuweisen, dass er den ihm betreffs der Untersuchung und Mängelanzeige nach Art. 347 obliegenden Pflichten genügt habe. Aber diese Pflicht zur Untersuchung und Mängelanzeige und folgeweise auch der Ausweis des Käufer darüber hat die erfolgte Ablieferung zur gesetzlichen Voraussetzung. Der Verkäufer hat also darzulegen und zu beweisen, dass diese Voraussetzung, durch deren Eintritt die Untersuchung der Waare erst ermöglicht und veranlasst ist, thatsächlich eingetreten sei. Es darf dem Käufer nicht zugemuthet werden, darzulegen und nachzuweisen, dass die Ablieferung nicht erfolgt sei, und dass er deshalb noch keine Veranlassung zu der durch Art. 347 gebotenen Diligenz gehabt habe. Die Klägerin hat aber nicht substanziirt behauptet, dass überhaupt eine Ablieferung der verkauften Kohlen im gesetzlichen Sinne erfolgt sei; vielmehr ist nach Lage der Sache anzunehmen, dass eine solche nicht erfolgt sei. Die Ablieferung ist nicht mit der Uebergabe zu identificiren, vielmehr von derselben wesentlich verschieden. Sie enthält kein Rechtsgeschäft, sondern einen thatsächlichen Hergang, eine einseitige Handlung des Verkäufers; sie kann mit der Uebergabe zusammenfallen, unter Mitwirkung des Käufers erfolgen; dies wird auch in den meisten Fällen geschehen; aber wesentlich ist eine solche Mitwirkung des Käufers durchaus nicht. Es ist auch nicht, wie in der Rechtfertigungsschrift der Nichtigkeitsbeschwerde behauptet wird, anzuerkennen, dass es Praxis des Reichsoberhandelsgerichtes gewesen sei, dass zur Ablieferung der Empfang bez. die Uebernahme der gekauften Waare seitens des Käufers gehöre, wenngleich in der einen oder anderen E. ein bezüglicher unzutreffender oder ungenauerer Ausdruck vorkommen mag. Wenn bei der Ablieferung eine Mitwirkung des Käufers vorkommt, so kommt doch nur die Thätigkeit des Verkäufers dabei in Betracht. Es würde zum Beispiel eine Ablieferung enthalten können, wenn der Verkäufer ohne Mitwirkung des Käufers die Waare in einem Lagerraum des Käufers niederlegt und den Käufer davon benachrichtigt. Die Ablieferung kann auch zeitlich von der Uebergabe getrennt sein; sie kann der Uebergabe vorhergehen oder auch nachfolgen; das letztere wird namentlich bei Distanzgeschäften nach preussischem Recht (ALR I. 11 §§ 128 ff.) der Fall sein, wenn durch

Ueberlieferung der Waare an den Frachtführer die Uebergabe, aber nicht die Ablieferung erfolgt. Wesentlich ist für die Ablieferung, dass der Verkäufer sich der Waare entäussert, die Gewahrsam aufgibt, mag dadurch der Käufer gleichzeitig die Gewahrsam erlangen oder nicht. Wesentlich ist ferner, dass der Käufer durch die Ablieferung die thatsächliche Möglichkeit erlangt, durch streng einseitigen Act sich sofort die Gewahrsam der Waare zu verschaffen und dieselbe zu untersuchen und darüber thatsächlich zu verfügen. Es genügt daher nicht zur Ablieferung eine abgelehnte, wenngleich reale Traditionsofferte, wenn der Verkäufer sich bei der Ablehnung beruhigt und nicht weiter zur Entäusserung der Gewahrsam vorschreitet. Die Erklärung des Käufers, die Abnahme zu verweigern, ist für den Begriff der Ablieferung unerheblich, weil die letztere lediglich ein einseitiger Act des Verkäufers ist. Ob die Voraussetzungen der Ablieferung hiernach vorliegen, mag im concreten Falle zu Zweifeln Veranlassung geben. Im vorliegenden Falle kann die Ablieferung an den Beklagten nicht als erfolgt angesehen werden. Die Verladung in England enthielt eine solche zweifellos nicht. Auch nach der Ankunft des Schiffes „Arthur" vor Neufahrwasser hat sich Klägerin weder der Gewahrsam der verkauften Kohlen entschlagen, noch hat der Beklagte die Möglichkeit einer zweckentsprechenden Untersuchung der Kohlen erlangt, so lange sich diese im Schiffsraume befanden, Beklagter also höchstens die an der Oberfläche offen liegenden besehen konnte. Es kann nach Lage der Sache nicht einmal als feststehend angenommen werden, dass dem Beklagten, der seitens des Schiffers unbehinderte Zutritt zu dem Orte, wo die Kohlen lagerten, offen stand. Jedenfalls fehlte dem Beklagten die Möglichkeit thatsächlicher Verfügung über die im Schiffsraum lagernden Kohlen. Der Vertreter der Klägerin, B, hat zwar dem Beklagten vor Ankunft des Schiffes ein Exemplar des Frachtbriefes, sowie das Connossement, das Minencertificat und die Versicherungspolice übergeben, respective zugesandt; der Beklagte hat aber alle diese Papiere dem B zurückgesandt, dieser hat die Papiere wieder angenommen und in seiner Gewahrsam behalten und nur nach der Ankunft des Schiffes „Arthur" eine wiederholte, aber abgelehnte Traditionsofferte gemacht. Beklagter war daher nicht in der Lage, durch einseitigen Act ohne Mitwirkung des B resp. des Schiffers durch Entlöschung die Gewahrsam der Kohlen zu erlangen. Es fehlt daher an allen Voraussetzungen einer Ablieferung, und die Annahmeweigerung des Beklagten kann diesen Mangel nicht ersetzen. Die Waare ist daher nicht als genehmigt im Sinne des Art. 347 anzusehen.

Die Klägerin legt endlich noch besonderes Gewicht darauf, dass Beklagter selbst die fraglichen Kohlen bei dem von der Klägerin erwirkten Selbsthilfeverkaufe gekauft, und dass die Kohlen ihm in Folge dessen nach der Auction abgeliefert worden und nun jedenfalls derart in seinen Besitz gelangt seien, dass die Voraussetzung des Art. 347 als vorliegend anzu-

nehmen sei, Beklagter also nunmehr nach der Empfangnahme der angesteigerten Kohlen die angebliche Vertragswidrigkeit der Waare der Klägerin gegenüber hätte rügen müssen, und da er dies unterlassen habe, die Waare als genehmigt gelten müsse. Klägerin meint, es sei hierbei unerheblich, durch welches Rechtsgeschäft der Besitzerwerb erfolgt, also auch dass die Waare hier auf Grund des Auctionskaufes in den Besitz des Beklagten gelangt sei. Allein gerade hieran scheitert der Angriff, wenn man auch davon absehen will, dass die thatsächlichen Voraussetzungen einer Ablieferung in Folge des Auctionskaufes in den Gründen des angefochtenen U. nicht festgestellt sind. Die Ablieferung kann nicht abstract und losgelöst von demjenigen Rechtsgeschäft, auf welches die Rüge der vertragswidrigen Beschaffenheit der Waare sich bezieht, gedacht werden; sie muss vielmehr seitens des Verkäufers auf Grund desjenigen Kaufgeschäftes erfolgt sein, dessen seinerseitige Erfüllung der Käufer wegen vertragswidriger Beschaffenheit der Waare weigert, der Verkäufer aber fordert, indem er unter Berufung auf Art. 347 verlangt, dass die von ihm abgelieferte Waare als genehmigt und folgeweise contractgemäss gelte. Dass der Käufer nachher aus einem andern Titel in den Besitz der Waare gelangt, genügt nicht, um den Art. 347 zur Anwendung zu bringen. Durch die Ausführung des Selbsthilfeverkaufs ist die Erfüllung des ursprünglichen Kaufvertrags vom 8. Juli 1878 in der stipulirten Weise unthunlich geworden. Die klagende Verkäuferin kann dem beklagten Käufer die ihm am 8. Juli verkauften Kohlen nicht mehr liefern, weil sie solche in Danzig anderweit verkauft; dass bei diesem zweiten Verkaufe zufällig auch der Beklagte Käufer ist, erscheint als ein für die vorliegende E. ganz unwesentlicher Umstand. Der Auctionsverkauf konnte nicht nur unter wesentlich anderen Bedingungen, als der ursprüngliche Verkauf vom 8. Juli erfolgen, sondern es ist auch behauptet, dass er thatsächlich unter anderen Bedingungen erfolgt sei. Der Beklagte konnte daher als Käufer laut des ursprünglichen Vertrages vom 8. Juli Veranlassung zur Rüge der Contractwidrigkeit haben, während eine solche Veranlassung dem Auctionsverkaufe gegenüber ganz fehlte, oder umgekehrt.

CLXXII.

Der Stellvertreter eines Anderen kann in dieser Eigenschaft mit sich selbst als Stellvertreter eines Dritten einen Vertrag schliessen.

E. v. 23. November 1881. — Bd. VI, Seite 11.

In M. bestanden zwei eingetragene Genossenschaften, deren Vorstände aus denselben Personen zusammengesetzt waren. Diese leisteten für beide Genossenschaften die vorkommenden Zahlungen, je nachdem Geldmittel in der Casse der einen oder der anderen Genossenschaft flüssig

waren, bald aus dieser, bald aus jener, rechneten darüber von Zeit zu Zeit ab und trugen das Ergebniss der Abrechnung unter dem Datum derselben in die beiderseitigen Handelsbücher als baar empfangen oder gezahlt ein, ohne die einzelnen Posten, auf welche die Abrechnung sich erstreckte, anzugeben. Nachdem die eine Genossenschaft in Concurs verfallen war, meldete die andere eine Forderung gegen dieselbe auf Grund eines Contobuchauszuges an, ohne die den Abrechnungen zu Grunde liegenden Posten anzugeben. Die Klage auf Feststellung dieser im Concurse bestrittenen Forderung wurde in I. und II. J. abgewiesen, die hiergegen ergriffene Nichtigkeitsbeschwerde aber für begründet erklärt.

Aus den

Gründen:

Die Darlehensforderung, welche sich laut des mit der Klage vorgelegten Contoauszuges aus Capitalzahlungen und Zinsen abzüglich empfangener Zahlungen berechnet, ist in I. J. abgewiesen und dieses E. in II. J. auf Appellation der Klägerin bestätigt worden.

Das erste E. gründete die Abweisung darauf, dass die im Contoauszuge aufgeführten Debetposten nach der eigenen Darstellung des Klägers nicht sämmtlich auf baaren Darlehen, sondern zum Theile auf Verrechnungen über früher gewährte oder zurückgezahlte Darlehen beruhen, Klägerin aber unterlassen habe, die diesen Verrechnungen zum Grunde liegenden Geschäfte aufzudecken. Hiergegen machte Klägerin in II. J. geltend, es habe der Aufdeckung dieser Geschäfte nicht bedurft, weil die stattgehabten Verrechnungen Rechtsgeschäfte seien, welche die dadurch festgestellte Zahlungsverbindlichkeit unabhängig von den in Rechnung gezogenen Geschäften begründen. Der Appellationsrichter sprach aber der Aufrechnung und dem durch sie gewonnenen Ergebniss im vorliegenden Falle die Wirkung eines Schuldbekenntnisses um deswillen ab, weil, wie feststehe, der Vorstand beider Genossenschaften durch dieselben Personen gebildet wurde. Diese Personen, sagt der Appellationsrichter, konnten „nicht zugleich durch Anerkenntnisse sich verpflichten und durch dieselben Anerkenntnisse Rechte erwerben, wenn immer sie für verschiedene Rechtssubjecte handelten; die Collision der Interessen schloss die Möglichkeit eines rechtswirksamen Anerkenntnisses aus.

Gegen diesen Ausspruch richtet sich der Angriff der Nichtigkeitsbeschwerde, welche dem Appellationsrichter vorwirft, den Rechtsgrundsatz verkannt zu haben: „dass die Anerkennung eines Saldos unter Kaufleuten auch dann als Schuldbekenntniss wirkt (richtiger: wirken kann), wenn die beiderseitigen Handelsgesellschaften durch dieselben Personen vertreten werden“. Der Angriff ist begründet, indem die vom Appellationsrichter angenommene Unmöglichkeit, Obligationsverhältnisse zwischen zwei verschiedenen Personen durch einen von dem Vertreter der einen Person mit sich selbst als Vertreter der anderen Person abgeschlossenen

Vertrag zu begründen, nach Handelsrecht nicht anzuerkennen ist, für die vertragsmässige Feststellung eines Saldo so wenig wie für andere Verträge.

Indem das HGB im Anschlusse an die gewohnheitsrechtliche Entwicklung des gemeinen Rechtes und an die Bestimmungen der neueren Gesetzbücher, insbesondere auch des preussischen Allgemeinen Landrechtes, die Möglichkeit einer (eigentlichen oder directen) Stellvertretung beim Abschlusse obligatorischer Verträge anerkennt und die Vertretung verschiedener Personen durch denselben Vertreter, insbesondere auch die Besetzung des Vorstandes verschiedener eingetragener Genossenschaften mit denselben Personen, nicht untersagt, ergibt sich auch die Möglichkeit, einen Vertrag zwischen verschiedenen Personen durch deren gemeinsamen Vertreter zu schliessen, sofern nur die allgemeinen Voraussetzungen eines jeden Rechtsgeschäftes und die besonderen Voraussetzungen eines Vertragsschlusses vorliegen.

Es kann nicht entgegnet werden, dass niemand Gläubiger und Schuldner in einer Person sein könne. Denn das durch den Vertragsschluss des Stellvertreters begründete Obligationsverhältniss entsteht in der Person des Vertretenen, folglich, wenn der Vertreter zweier verschiedenen Rechtssubjecte eine Verbindlichkeit des einen gegen das andere übernimmt, zwischen den beiden von ihm vertretenen Personen. Es ist daher unrichtig, wenn der Appellationsrichter sagt, dass die für verschiedene Rechtssubjecte handelnden Personen sich verpflichten und (für sich) Rechte erwerben.

Ebensowenig ist ein solcher Vertragsschluss mit dem Begriffe des Vertrages unverträglich. Es ist möglich, dass jemand als Stellvertreter des Einen und als Stellvertreter eines Andern dasselbe will, z. B. dass jener eine bestimmte Leistung und dieser eine bestimmte Gegenleistung machen soll. Die zum Wesen des Vertrages gehörige wechselseitige Einwilligung, duorum in idem placitum et consensus (ALR I. 5. § 1; l. 1 § 2. Dig. de pactis 2, 14; l. 3 pr. Dig. de pollic. 50, 12), ist in diesem Falle vorhanden, wenn einmal die Möglichkeit zugegeben ist, dass beim Vertragsschluss der Wille des Stellvertreters den Willen desjenigen, in dessen Person das Rechtsverhältniss entstehen soll, zu ersetzen vermag.

Auch wenn die beiden Personen, zwischen denen das Obligationsverhältniss zu Stande kommen soll, beim Abschlusse des Vertrages ein entgegengesetztes Interesse haben, erscheint der Abschluss desselben durch einen gemeinsamen Vertreter nicht ausgeschlossen. Am wenigsten unterliegt dies dann einem Bedenken, wenn der Inhalt des abzuschliessenden Vertrages nicht von dem Belieben des Vertreters abhängt, sondern ihm durch die von ihm vertretene Person vorgeschrieben oder von einem seiner Einwirkung unzugänglichen Umstande, z. B. dem Ausgange einer Versteigerung, dem Ermessen eines Dritten, dem zeitweiligen Marktpreise, abhängig gemacht ist. Aber auch wenn der Inhalt des abzuschliessenden

Vertrages durch den Willen des Vertreters erst bestimmt werden soll und die in's Auge gefassten Vertragsbedingungen sich desto günstiger für den einen Theil gestalten, je ungünstiger sie für den anderen Theil sind, kann doch ein Punkt gefunden werden, in welchem diese Verschiedenheit sich in Uebereinstimmung auflöst, nämlich wenn die Vertragsbedingungen als die unter den obwaltenden Umständen für jeden der beiden Theile erreichbar günstigsten erscheinen. Jeder der beiden Theile hat dies von seinem Standpunkte aus zu prüfen, und wenn die Parteien andere Personen mit dieser Prüfung betraut haben, so ist von diesen die Prüfung vorzunehmen. Treffen die Vertretungen in einer Person zusammen, so ist dieselbe wohl im Stande, die Prüfung von den verschiedenen Standpunkten aus vorzunehmen und hierbei zu dem Ergebniss zu gelangen, dass gewisse Bedingungen als die erreichbar günstigsten dem Interesse beider Theile entsprechen. Nur wenn man von der für den wirklichen Verkehr nicht massgebenden Anschauung ausginge, es sei die Aufgabe der mit dem Abschluss von Geschäften betrauten Personen, den anderen Theil zu übervortheilen, würde sich die Unthunlichkeit des Abschlusses durch einen gemeinsamen Vertreter ergeben.

Mit diesem aus der Natur der Sache sich ergebenden Resultate stehen auch die Bestimmungen des positiven Rechtes im Einklange. Schon das römische Recht, welches den Abschluss obligatorischer Verträge durch freiwillig bestellte Vertreter nicht zulässt und aus diesem Grunde die hier erörterte Frage in Beziehung auf solche Vertreter nicht behandelt, anerkennt wenigstens in Betreff des Tutor die Wirksamkeit von Zahlungen, welche er an sich selbst als Gläubiger des Mündels aus dessen Vermögen oder als Schuldner des Mündels aus seinem eigenen Vermögen an sich selbst als Vormund leistet (I. 9 § 5 Dig. de adm. et peric. tut. 26, 7), von Darlehen, welche er sich selbst aus dem Vermögen des Mündels oder welche er sich als Vormund aus seinem eigenen Vermögen gewährt (I. 9 § 7 Dig. eod.), und von Kaufverträgen, durch welche er von ihm zum Verkaufe gebrachte Sachen des Mündels im Wege der öffentlichen Versteigerung selbst erwirbt (l. 5 § 4 Dig. de auct. et cons. 26, 8; l. 5 Cod. de contrah. emt. 4, 38).

Auch im preussischen Allgemeinen Landrecht ist die Möglichkeit anerkannt, dass der Vater zu dem nicht freien Vermögen der Kinder gehörige Capitalien einzieht und anstatt anderweitiger Belegung derselben sich selbst zum Schuldner der Kinder dafür bestellt (II. 2 § 169), und die Fassung des § 22 I. 13 in Verbindung mit §§ 25, 27 das. lässt darauf schliessen, dass der Gesetzgeber es für möglich hält, dass ein Bevollmächtigter im Auftrage und Namen verschiedener Pesronen, deren Interesse einander entgegenläuft, zwischen diesen einen Vertrag abschliesst.

Wenn aber auch die Möglichkeit zugegeben wird, dass der Stellvertreter einer Person mit sich selbst im eigenen Namen oder namens

einer von ihm ebenfalls vertretenen anderen Person Verträge schliesst, so können doch dem Zustandekommen eines derartigen Vertrages im einzelnen Falle Hindernisse entgegenstehen, welche sich aus besonderen gesetzlichen Vorschriften oder aus dem Willen der Vertretenen oder aus den allgemeinen Grundsätzen über die Schliessung von Verträgen ergeben. Es bedarf daher in der Sache selbst der Untersuchung, ob in Beziehung auf die von der Klägerin behaupteten Abrechnungsgeschäfte solche Hindernisse obwalten. Es ist

1. möglich, dass gesetzliche Vorschriften bestehen, welche für gewisse Classen von Vertretern, allgemein oder für gewisse Arten von Rechtsgeschäften, den Abschluss von Verträgen untersagen, bei welchen das eigene Interesse des Vertreters oder das Interesse einer ebenfalls von ihm vertretenen anderen Person betheiligt ist. Solche Vorschriften, welche z. B. in betreff des Vaters und Vormundes bestehen (ALR II. 18. §§ 29. 46; Vormundschafts-Ordnung vom 5. Juli 1875 § 86), gelten für den Vorstand eingetragener Genossenschaften nicht.

2. Es ist möglich, dass die Vollmacht zur Vertretung eines Anderen nach dem ausdrücklich oder stillschweigend erklärten oder zu vermuthenden Willen des Machtgebers sich nicht soweit erstreckt, dass der Bevollmächtigte auch in solchen Fällen zur Vertretung ermächtigt ist, wo das Interesse des Bevollmächtigten oder eines von ihm zu vertretenden Dritten dem Interesse des Machtgebers widerstreitet (ALR I. 13. §§ 21—28; II. 6. § 151). Eine solche Beschränkung findet jedoch bei dem Vorstande einer eingetragenen Genossenschaft nicht statt, welcher nach §§ 20, 21 des Genossenschaftsgesetzes vom 4. Juli 1868 eine nach aussen hin unbeschränkte und unbeschränkbare Vollmacht zur Vertretung der Genossenschaft bei den in ihrem Namen geschlossenen Rechtsgeschäften hat.

3. Die Unwirksamkeit des von dem Stellvertreter eines Anderen mit sich in eigenem oder fremdem Namen abzuschliessenden Vertrages kann darauf beruhen, dass es an der auch in diesem Falle erforderlichen gegenseitigen Erklärung des Vertragswillens mangelt, durch welche der Vertrag erst zu Stande kommt, so dass von da ab eine einseitige Zurücknahme nicht mehr stattfindet. Im vorliegenden Falle ist dieses Erforderniss aber als vorhanden anzunehmen, wenn das Ergebniss der Abrechnungsgeschäfte durch die seitens der gemeinsamen Vertreter bewirkte gleichmässige Eintragung desselben in die Handelsbücher beider Genossenschaften zur Kenntniss derselben gebracht und gegenseitig als verpflichtend anerkannt worden ist. Zwar erscheint die Eintragung im Handelsbuche an sich als ein einseitiger Act, welchen der Buchführer im Interesse des Geschäftsherrn vornimmt, um die Erinnerung an den gebuchten Vorgang und dessen Beweis zu sichern. Aber im Zusammenhange mit dem Abrechnungsgeschäfte stellen sich die Einträge in den beiderseitigen Handelsbüchern als das Mittel dar, durch welches die Vertreter der beiden

mit einander abrechnenden Genossenschaften das Ergebniss dieses Geschäftes nach beiden Seiten hin den im Besitz der Bücher befindlichen Genossenschaften mittheilten und den Vertragswillen unwiderruflich zum Ausdruck brachten. Ob die angeführte l. 9 § 7 Dig. de adm. et per. tut. in den Worten sibi mutuam proscribendo auf einen Fall dieser Art zu beziehen ist, kann dahingestellt bleiben.

4. Wenn der gemeinsame Vertreter seine Doppelstellung dazu missbraucht, unter Hintansetzung des Interesses des einen Theiles den Vertrag zum alleinigen Vortheil des anderen Theiles abzuschliessen, ist der Benachtheiligte berechtigt, wegen Arglist des Vertreters den Vertrag anzufechten. Ist der Vertreter eines einzelnen Contrahenten sich bewusst, beim Abschlusse des Vertrages die Interessen seines Vollmachtgebers zu verletzen, so erwächst hieraus dem letzteren das Recht zur Anfechtung des Vertrages nur dann, wenn auch der andere Contrahent oder dessen Vertreter davon Kenntniss hatte, also mit jenem colludirte; es liegt ihm daher der Beweis sowohl der Arglist seines Vertreters als der Theilnahme des anderen Contrahenten oder dessen Vertreters an der geübten Arglist ob. Dieses doppelten Beweises bedarf es nicht, wenn eine und dieselbe Person beide vertragschliessende Theile vertritt. Hat der Vertreter des Benachtheiligten die Interessen desselben wissentlich verletzt, so ist in diesem Falle hiermit die Theilnahme des Vertreters des anderen Contrahenten von selbst gegeben. Von einer Anfechtung des Vertrages wegen Arglist ist aber im vorliegenden Falle keine Rede. Die Beklagte hat nicht einmal behauptet, durch die von den gemeinsamen Vertretern gemeinsamen Vertretern geschlossenen Abrechnungen benachtheiligt worden zu sein, viel weniger, dass solches wissentlich geschehen sei.

Die rechtliche Wirksamkeit der von der Klägerin schon in der Klageschrift erwähnten und in der Appellationsrechtfertigungsschrift von Neuem geltend gemachten Abrechnungsgeschäfte ist demnach nicht zu beanstanden".

Register.

Inhaltsverzeichniss des Registers.

I. Alphabetisches Sachregister.

(Die arabischen Ziffern bei den Schlagworten bedenten die Nummern der Entscheidungen des k. k. Obersten Gerichtshofes, die römischen Ziffern die Nummern der Entscheidungen des Deutschen Reichsgerichtes im Anhange.)

B.

C.

D.

F.

G.

H.

L.

M.

N.

O.

P.

R.

S.

W.

II. Gesetzregister.

I. *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch.*

Einleitung.

Von den bürgerlichen Gesetzen überhaupt.

Erster Theil.

Von dem Personenrechte.

I. Hauptstück.

Von den Rechten, welche sich auf persönliche Eigenschaften und Verhältnisse beziehen.

II. Hauptstück.

Von dem Eherechte.

III. Hauptstück.

Von den Rechten zwischen Eltern und Kindern.

IV. Hauptstück.

Von den Vormundschaften und Curatelen.

Zweiter Theil.

Von dem Sachenrechte.

Von Sachen und ihrer rechtlichen Eintheilung.

Erste Abtheilung

des Sachenrechtes.

Von den dinglichen Rechten.

1. Hauptstück.

Von dem Besitze.

2. Hauptstück.

Von dem Eigenthumsrechte.

3. Hauptstück.

Von der Erwerbung des Eigenthums durch Zueignung.

4. Hauptstück.

Von der Erwerbung des Eigenthums durch Zuwachs.

10. Hauptstück.

Von Nacherben und Fideicommissen.

11. Hauptstück.

Von Vermächtnissen.

12. Hauptstück.

Von Einschränkung nnd Aufhebnng des letzten Willens.

13. Hauptstück.

Von der gesetzlichen Erbfolge.

14. Hauptstück.

Von dem Pflichttheile nnd der Anrechnung in den Pflicht- oder Erbtheil.

15. Hauptstück.

Von der Besitznehmnng der Erbschaft.

16. Hauptstück.

Von der Gemeinschaft des Eigenthumes und anderer dinglicher Rechte.

Zweite Abtheilung

des Sachenrechtes.

Von den persönlichen Sachenrechten.

17. Hauptstück.

Von Verträgen überhaupt.

18. Hauptstück.

Von Schenkungen.

19. Hauptstück.

Von dem Verwahrungsvertrage.

21. Hauptstück.

Von dem Darleihensvertrage.

22. Hauptstück.

Von der Bevollmächtigung und anderen Arten der Geschäftsführung.

23. Hauptstück.

Von dem Tauschvertrage.

24. Hauptstück.

Von dem Kaufvertrage.

25. Hauptstück.

Von Bestand-, Erbpacht- und Erbzins-Verträgen.

26. Hauptstück.

Von entgeltlichen Verträgen über Dienstleistungen.

27. Hauptstück.

Von dem Vertrage über eine Gemeinschaft der Güter.

28. Hauptstück.

Von den Ehepacten.

29. Hauptstück.

Von den Glücksverträgen.

30. Hauptstück.

Von dem Rechte des Schadenersatzes und der Genugthuung.

Dritter Theil.

Von den gemeinschaftlichen Bestimmungen der Personen- und Sachenrechte.

1. Hauptstück.

Von Befestigung der Rechte und Verbindlichkeiten.

2. Hauptstück.

Von der Umänderung der Rechte und Verbindlichkeiten.

3. Hauptstück.

Von Aufhebung der Rechte und Verbindlichkeiten.

II. Das allgemeine Handelsgesetzbuch.

Einführungsgesetz.

Allgemeine Bestimmungen.

Vierter Titel.

Von den Handelsbüchern.

Fünfter Titel.

Von den Procuristen und Handelsbevollmächtigten.

Sechster Titel.

Von den Handlungsgehilfen.

Zweites Buch.

Von den Handelsgesellschaften.

Erster Titel.

Von der offenen Handelsgesellschaft.

Zweiter Abschnitt.

Von dem Rechtsverhältnisse der Gesellschafter untereinander.

Zweiter Abschnitt.

Allgemeine Bestimmungen über Handelsgeschäfte.

Dritter Abschnitt.

Abschliessung der Handelsgeschäfte.

Vierter Abschnitt.

Erfüllung der Handelsgeschäfte.

Zweiter Titel.

Vom Kaufe.

Dritter Titel.

Von dem Commissionsgeschäfte.

Vierter Titel.

Von dem Speditionsgeschäfte.

III. Allgemeine Wechselordnung.

Erster Abschnitt.

Von der Wechselfähigkeit.

Zweiter Abschnitt.

Von gezogenen Wechseln.

I. Erfordernisse eines gezogenen Wechsels.

III. Indossament.

V. Annahme (Acceptation).

VII. Erfüllung der Wechselverbindlichkeit.

VIII. Regress mangels Zahlung.

XI. Abhanden gekommene Wechsel.

XIII. Wechselverjährung.

XIV. Klagerecht des Wechselgläubigers.

XVIII. Mangelhafte Unterschriften.

3. Abschnitt.

Von eigenen Wechseln.

IV. Das allgemeine Grundbuchsgesetz.

I. Hauptstück.

Von den Grundbüchern im Allgemeinen.

II. Hauptstück.

Von den bücherlichen Eintragungen.

1. Abschnitt.

Von den Eintragungen im Allgemeinen.

2. Abschnitt.

Von der Einverleibung.

3. Abschnitt.

Von der Vormerkung.

4. Abschnitt.

Von der Anmerkung.

III. Hauptstück.

Von dem Verfahren in Grundbuchssachen.

2. Abschnitt.

Von den Gesuchen.

VI. Advocaten-Ordnung.

VII a. Notariats-Ordnung.

VII b. Gesetz über das Erforderniss der notariellen Errichtung einiger Rechtsgeschäfte.

VIII. Jurisdictionsnorm.

IX. Verfahren ausser Streitsachen.

X. Die allgemeine Gerichtsordnung.

13. Capitel.

Von dem Beweise durch briefliche Urkunden.

14. Capitel.

Von dem ordentlichen Beweise durch Zeugen.

15. Capitel.

Von dem Beweise zum ewigen Gedächtnisse.

17. Capitel.

Von dem Beweise durch Kunstverständige.

18. Capitel.

Von dem Beweise durch den Haupteid. (Juramentum litis decisivum.)

21. Capitel.

Von der eidlichen Angabe.

(Juramentum manifestationis.)

22. Capitel.

Von den Eiden insgemein.

24. Capitel.

Von den Urtheilen.

(Sententia.)

25. Capitel.

Von der Appellation und Revision, dann der Nullitätsklage.

27. Capitel.

Von Schiedsrichtern.

29. Capitel.

Vom Verbote auf fahrende Güter.

30. Capitel.

Von Sequestrationen und anderen mittlerweiligen Vorkehrungen.

31. Capitel.

Von der Execution.

34. Capitel.

Einsetznng in den vorigen Stand. (Restitntio in integrnm.)

36. Capitel.

Von Zustellung der gerichtlichen Verordnungen.

37. Capitel.

Von den Gerichtsunkosten.

XI. Westgalizische (ital.-tir.) Gerichtsordnung.

XII. Concursordnung.

XIII. Anfechtungsgesetz.

XIV. Besondere Verfahrensarten:

a) Summarverfahren.

b) Verfahren in Besitzstörungen.

c) Verfahren in Bestandsachen.

d) Verfahren in Wechselsachen.

e) Verfahren in Bagatellsachen.

XV. Civilprocess-Novelle.

XVI. Executions-Novelle.

XVII. Kaiserliche Patente, Verordnungen, Entschliessungen und Resolutionen.

XVIII. Justiz-Hofdecrete.

XIX. Justizministerial-Erlässe und -Verordnungen.

XX. *Einzelne Gesetze.*

XXI. Verwaltungsrecht.

XXII. Landesgesetze.

XXIII. Ausländische Gesetze.

Abkürzungen.

ABG.	=	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch.
Abh. Pat.	=	kais. Pat. vom 9. August 1854, Nr. 208 RGB.
AG.	=	Anfechtungsgesetz vom 16. März 1884 Nr. 35 und 36 RGB
AGO.	=	Allgemeine Gerichtsordnung.
AO	=	Advocatenordnung.
a. o.	=	ausserordentlich.
B.	=	Bescheid.
BG.	=	Bezirksgericht.
BR.	=	Eisenbahn-Betriebsreglement vom 10. Juni 1874, RGB. Nr. 75.
CFHC.	=	Central-Finanz-Hofcommission.
CM.	=	Concursmassa.
CMV.	=	Concursmasseverwalter
CO.	=	Concursordnung.
E.	=	Erledigung oder Entscheidung.
Exec.-Nov.	=	Gesetz vom 10. Juni 1887, RGB Nr. 74.
EZ.	=	Oesterreichische Eisenbahn-Zeitung.
Gazz. d. Trib.	=	„Gazzetta dei Tribunali“.
GBG.	=	Grundbuchsgesetz.
GG.	=	Gebührengesetz
GH.	=	„Gerichtshalle“.
wg. GO.	=	westgalizische Gerichtsordnung.
GZ.	=	„Allgemeine österr. Gerichtszeitung“.
HG.	=	Handelsgericht.
HGB.	=	Handelsgesetzbuch.
HMVB.	=	Verordnungsblatt des k. k. Handelsministeriums.
Hofd.	=	Hofdecret.
J.	=	Instanz.
JB.	=	„Juristische Blätter“.
JMB.	=	Verordnungsblatt des k. k. Justizministeriums.
JMV.	=	Justiz-Ministerialverordnung.
JN.	=	Jurisdictionsnorm.
JZ.	=	„Allgemeine Juristen-Zeitung“.
KG.	=	Kreisgericht.
LG.	=	Landesgericht.
LGB.	=	Landesgesetzblatt.
NO.	=	Notariatsordnung.
OGH.	=	Oberster Gerichtshof.
OLG.	=	Oberlandesgericht.
Práv.	=	„Právník“ (český).
Praw.	=	Prawnik (polski).
Przegl.	=	„Przegląd sąd. i administracyjny“.
Proc.-Nov.	=	Gesetz vom 16. Mai 1874, RGB. Nr. 69.
RGB.	=	Reichsgesetzblatt.
Sp.	=	Riehl's Spruchpraxis.
StG.	=	Strafgesetz.
StPO.	=	Strafprocessordnung.
Vlft.	=	Verlassenschaft.
WO.	=	Wechselordnung.
W.-Verf.	=	Verfahren in Wechselstreitigkeiten.